

THÈSE DE
PARIS.

1889

N^o. 57.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU

DROIT DE DISPOSER PAR TESTAMENT

ET DE SES LIMITES

DANS LES ORIGINES DU DROIT ROMAIN

DROIT FRANÇAIS

DES CONTRATS

ENTRE LES AUTEURS ET LES ÉDITEURS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

A. HUARD

Avocat à la Cour d'appel de Paris.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

A. GIARD

LIBRAIRE-ÉDITEUR

16, Rue Soufflot, 16

H. JOUVE

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

23, Rue Racine, 23

1889

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU

DROIT DE DISPOSER PAR TESTAMENT

ET DE SES LIMITES

DANS LES ORIGINES DU DROIT ROMAIN

DROIT FRANÇAIS

DES CONTRATS

ENTRE LES AUTEURS ET LES ÉDITEURS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le mercredi 17 Juillet 1889, à 3 heures

PAR

A. HUARD

Avocat à la Cour d'appel de Paris.

Président, M. LYON-CAEN

Suffragants } MM. RATAUD, { professeurs,
 } BOISTEL, {
 } LE POITTEVIN, agrégé.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

A. GIARD

LIBRAIRE-ÉDITEUR

16, Rue Soufflot, 16

H. JOUVE

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

23, Rue Racine, 23

1889

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DU

DROIT DE DISPOSER PAR TESTAMENT

ET DE SES LIMITES

DANS LES ORIGINES DU DROIT ROMAIN

INTRODUCTION

Dans quelle mesure le droit de disposer par testament s'exerçait-il librement à Rome ? La question ne devient facile à résoudre que vers la fin de la République, lorsque des limitations bien définies apparaissent ; c'est le droit de l'époque classique qui se forme à ce moment.

Pour ce qui est de l'ancien droit, on peut dire que la question de la liberté de tester, et toutes celles qui s'y rattachent, sont sujettes à controverse. Ce problème obscur est celui sur lequel nous allons nous efforcer de jeter quelque lumière.

Sitôt qu'on examine ce sujet, un texte célèbre s'impose à l'attention : *Uti legassit super pecunia tutelave rei suae, ita jus esto*, dit la loi des XII Tables. Cette liberté a-t-elle existé dès les premiers temps de Rome ? A-t-elle été véritablement consacrée par les XII Tables ? Comment, enfin, s'en est-on écarté pour établir des restrictions ? Tels

sont les trois points que nous considérerons successivement. Nous ne négligerons rien pour expliquer les variations que nous pourrions rencontrer dans la législation romaine.

Nous aurons d'abord à considérer l'objet de notre étude dans les origines les plus lointaines du droit. Il convient si l'on veut saisir le développement de telle ou telle règle juridique, de remonter à la source primitive d'où elle découle avant d'examiner les influences diverses qui peu à peu viennent la modifier. En particulier, cela est indispensable pour qui se consacre à l'étude de la législation romaine, qui est l'œuvre de la tradition plus encore, selon nous, que de la raison.

Il nous arrivera de laisser indécise la solution de certaines questions. Quand on étudie l'origine des institutions, il est impossible, en raison du caractère inachevé qu'elles offrent à ce moment, en raison aussi de la rareté des documents, d'arriver toujours à une complète certitude. Le seul espoir légitime que puisse concevoir l'historien est de resserrer le domaine de l'hypothèse, et s'il y a lieu, de formuler des conjectures vraisemblables.

Il nous a paru d'abord nécessaire, surtout en ce qui concerne la période la plus lointaine, de ne pas examiner uniquement la liberté du testateur. Comme tout dans cette partie de l'histoire du droit est sujet à controverse, les conditions de forme du testament aussi bien que ses conditions intrinsèques, la solution qu'on donnera à la question qui nous occupe dépend de celle qui aura paru juste pour plus d'une question connexe. Ce n'est qu'en faisant la lumière d'une façon générale sur le testament

primitif qu'on peut trouver la vérité sur un point particulier.

Nous avons poussé plus loin encore nos recherches. Comment faire la lumière sur le testament primitif ? Il n'y a qu'un moyen efficace, à nos yeux, pour y parvenir : c'est de reconstituer les traits principaux de la société romaine à sa naissance et particulièrement de préciser, autant qu'il se peut, les caractères organiques de la propriété et de la famille. Avec ces caractères, le droit de tester est toujours dans un étroit rapport ; rien ne bouleverse, on le sait, l'organisation sociale d'un peuple comme de changer sa loi successorale.

On doit, avec raison, se flatter d'émettre des conjectures vraisemblables sur le droit de tester quand on connaît bien les conditions qui le déterminent. Nous nous sommes donc efforcés de suivre l'enchaînement des institutions romaines ; mais nous ne l'avons fait que dans la mesure où c'était nécessaire, ne voulant pas perdre de vue l'objet principal de notre étude.

Reconstituer une société disparue est une entreprise difficile, non impossible. Nous nous sommes aidés des documents, souvent peu dignes de foi, que nous ont légués les historiens et les écrivains de tout genre. Cette première source de renseignements était insuffisante. Nous avons mis à contribution les beaux travaux de M. de Laveleye, de Sumner-Maine, de Le Play. Nous avons tiré parti surtout d'une idée de ce dernier écrivain, que nous croyons singulièrement féconde : c'est que le travail est le fondement sur lequel reposent tous les phénomènes sociaux ; il faut donc l'étudier avant tout

le reste. Ajoutons que la connaissance du mode de travail doit être complétée par celle des traditions, des tendances héréditaires qu'un peuple garde toujours d'un état social antérieur. De cet ensemble de causes une société reçoit sa forme. On peut, suivant nous, en se pénétrant bien de ces principes, en comparant des phénomènes incertains avec d'autres phénomènes analogues que l'histoire a conservés avec plus de soin, parvenir à des conjectures très voisines de la certitude. Tels sont les moyens d'investigation auxquels nous avons eu recours pour retrouver les traits effacés de l'organisation originelle de la société romaine.

C'est par l'examen de cette organisation que nous allons commencer nos recherches.

CHAPITRE PREMIER

DU DROIT DE DISPOSER PAR TESTAMENT DANS LES PREMIERS TEMPS DE ROME.

I

Lorsque l'on évoque les institutions privées des Romains dans les temps historiques, ces institutions qui ont puissamment contribué à la grandeur de Rome, et qui nous sont connues par les historiens, les jurisconsultes, les écrivains de tout genre, on a coutume de se représenter la famille comme un groupe assez restreint de descendants soumis à l'autorité d'un père investi des plus grands pouvoirs ; la propriété même, sauf quelques tempéraments, est concentrée entre ses mains, au détriment des autres membres du groupe ; c'est la propriété purement individuelle qui règne, non la communauté familiale. Mais en était-il ainsi au temps des origines de Rome ? Bien des raisons que nous allons exposer nous font croire que l'organisation de la vie privée était alors toute différente.

Il convient en premier lieu de nous demander quelles étaient à cet égard les traditions des populations italiotes.

Est-ce là un problème impossible à résoudre ? Nous ne le croyons pas. C'est une opinion généralement répandue chez les historiens que ces populations, ainsi que toutes celles qui ont peuplé l'Europe et l'Asie, furent d'abord adonnées à l'art pastoral (1). Si cette opinion est exacte, toute difficulté nous paraît levée. En effet, les institutions qui dérivent de ce genre de travail nous sont connues ; on s'est attaché de nos jours à les observer chez les peuples nomades de l'Asie centrale, et voici le résultat de ces observations.

Chez un peuple qui vit uniquement de l'art pastoral (2), l'appropriation individuelle du sol n'apparaît pas parce qu'il est plus nécessaire aux pasteurs d'avoir le libre parcours de tout la steppe que la propriété d'une portion limitée ; les troupeaux et les ustensiles sont la propriété commune de toute une famille ; tels sont les caractères généraux de la propriété. Quant à la famille, elle offre le plus parfait exemple de ce qu'on est convenu aujourd'hui d'appeler le type patriarcal. D'abord, elle comprend un grand nombre d'individus, qui demeurent groupés, parce que les nomades, vivant dans l'isolement, sont obligés de produire eux-mêmes tout ce qui leur est nécessaire, d'utiliser les aptitudes les plus variées. Puis, cette communauté est gouvernée par un chef, le patriarche, dont rien ne vient limiter l'autorité ; car ce chef, qui est toujours un ancien, l'emporte par l'expérience sur les mem-

1. V. Notamment Mommsen, *Hist. romaine*, t. I, p. 25. Duruy, *Hist. des Romains*, Introd. II.

2. Nous résumons ici une étude publiée par M. Demolins dans la *Science sociale*, t. I, p. 22.

bres plus jeunes de la famille, et l'expérience, bien plus que la force, est nécessaire dans l'art pastoral. Avec le respect des vieillards, l'empire de la tradition se maintient aisément ; aussi les races de pasteurs sont absolument immobiles dans leurs usages, et les populations qui en descendent se sont toujours fait remarquer par leur esprit conservateur. De là vient encore que le sentiment religieux chez ces peuples se manifeste par le culte des ancêtres.

Pour ce qui est des dispositions de dernière volonté, elles consistent seulement dans la désignation que fait le patriarche de celui qui, après sa mort, sera chargé de gouverner la famille. Il s'agit là d'une simple transmission de souveraineté ; le régime collectif de la propriété ne permet pas qu'il en soit autrement. La désignation de l'héritier est faite par le patriarche en toute liberté ; ce serait diminuer son autorité inviolable que de lui imposer un contrôle au moment où il accomplit cet office solennel.

Voilà les institutions qui, selon les conjectures les plus probables, régnaient primitivement parmi les races italiotes. Il nous a paru qu'il n'était pas inutile d'en retracer le tableau, avant d'aborder directement l'examen de la société romaine à son origine. Les fondateurs de Rome n'ont évidemment pu se soustraire aux traditions impérieuses qui leur venaient de cette époque antérieure. Ce que nous savons de la propriété et de la famille romaines à l'époque où elles nous sont vraiment connues, dans le droit classique, rappelle par certains traits ces institutions de l'âge pastoral ; on peut dire qu'elles en sont

comme une déformation dernière et définitive. Auparavant il règne pendant quelques siècles une grande incertitude ; à cette époque de transition appartient la période royale à Rome, depuis la fondation de la cité de Romulus jusqu'à la loi des XII Tables. La connaissance des traditions pastorales nous aidera à conjecturer ce que pouvait être le droit privé durant cette première période ; il faut en outre que nous examinions comment et par qui Rome fut créée.

Il semble, si l'on accepte en gros les récits des historiens, que la fondation de la ville éternelle fut l'œuvre d'une bande de hardis pionniers, qui abandonnèrent Albe la Longue pour trouver des terres ou pour tout autre motif, sous la conduite d'un chef guerrier ; ils rencontrèrent dans la plaine du Tibre une population installée déjà sur le sol et s'établirent en maîtres au-dessus d'elle. On voit dès ce moment dans cette société, une première ébauche, si l'on peut dire, de la plèbe et du patriciat.

Aux premiers fondateurs de Rome se joignirent successivement des familles nombreuses qui, faiblement attachées au sol, n'hésitaient pas à quitter leurs cantonnements pour se grouper autour d'un chef puissant. L'arrivée d'une de ces familles nous est rapportée par les historiens ; il s'agit de la *gens Appia*. Appius Claudius vient de la Sabine avec sa *manus*, composée de ceux qui lui sont liés par la parenté, les *gentiles*, et de ceux qui recherchent sa protection, les *clients*. Notons ici cette institution de la clientèle qui était inconnue dans la vie pastorale, et qui n'apparaît qu'aux époques de troubles ;

quant à la *gens*, beaucoup de raisons que nous ne saurions exposer ici semblent indiquer que c'est la famille patriarcale que nous avons plus haut décrite. (1)

Le nombre de ces *gentes* fut vite considérable. Il est vraisemblable que les compagnons de Romulus fondèrent des familles constituées d'après le même modèle que celles d'où ils sortaient; pourquoi auraient-ils créé soudainement un type nouveau de famille? Comment l'idée leur en serait-elle venue? Il arriva donc que de bonne heure il y eut à Rome trois cents *gentes* originaires de l'Etrurie et de la Sabine aussi bien que du pays albain. Ainsi fut formé le patriciat.

Cependant la population qui détenait le sol avant les envahisseurs subsista; elle fut même grossie de clients frappés de déchéance et d'un grand nombre de vaincus transportés sur le territoire romain. Mais elle vécut dans une condition précaire, désorganisée, opprimée par la caste patricienne. En particulier, le droit de propriété sur la terre lui fut longtemps refusé. C'est Denys qui nous l'apprend; Servius Tullius donne le premier aux plébéiens des terres, afin, dit-il, dans le discours que Denys lui prête, « que les plébéiens ne cultivent plus la terre d'autrui, mais la leur, et soient dès lors plus courageux à défendre leur patrie. » Les patriciens ne laissaient subsister la plèbe que pour se servir d'elle; par suite son influence sur la formation du droit, si l'on s'en tient à cette époque de sujétion, paraît avoir été nulle.

1. V. sur le caractère de la *gens*, Fustel de Coulanges, *la Cité antique*, t. II, ch. X.

Nous n'avons donc, en étudiant cette première période, qu'à nous occuper des institutions patriciennes.

Avant d'en venir à l'examen de ces institutions, il importe encore de rechercher quelle fut la nature du travail dans la Rome primitive. Car la nature du travail, ainsi que nous l'avons déjà dit, est à nos yeux une des conditions essentielles d'où dépend l'organisation de la propriété et de la famille.

Le Romain, suivant la tradition, fut à la fois soldat et laboureur ; nous croyons que la tradition a raison en ce point. On peut ajouter que la vie publique fut toujours très développée à Rome ; mais la participation aux comices par curies n'était évidemment pas l'occupation journalière et il n'y a pas lieu d'en tenir compte, au point de vue de la formation des institutions privées. Le travail de la guerre a tenu une grande place dans l'existence des premiers Romains. Il n'y avait pas alors des armées de métier ; chacun était astreint à prendre les armes au premier appel, à verser son sang pour défendre la patrie menacée. Et les guerres étaient fréquentes ; l'histoire des Romains au temps des rois est remplie par les luttes incessantes qu'ils soutinrent contre Albe qui tomba en leur pouvoir, contre les Étrusques, contre les Vêiens pour la possession de Fidènes, contre les Sabins et les Eques, contre les Rutules et les Volsques (1). Ce caractère éminemment militaire de la cité romaine ne saurait être passé sous silence,

1. Suivant Tite-Live (I, 19) le temple de Janus, qui restait ouvert en temps de guerre, ne fut fermé que deux fois depuis le règne de Numa jusqu'à la fin de la République.

même dans une étude sur le testament : il explique certaines particularités que nous rencontrerons. Mais, en somme, les travaux de la guerre n'étaient qu'accessoires ; ce qu'il faut examiner avec soin, c'est le travail d'où les premiers Romains tiraient leur subsistance. Voilà une des causes permanentes qui ont influé sur la structure intime de la société, à Rome comme partout ailleurs.

Que ce travail soit l'agriculture, il ne saurait y avoir de doute à cet égard. Il est vrai qu'à l'époque la plus lointaine, le pâturage paraît avoir également procuré des ressources abondantes. Varron dit quelque part : « *Quis negat Romam a pastoribus conditam esse ?* » Et Cicéron : « *Tum (au temps de Romulus) erat res in pecore et locorum possessionibus, ex quo pecuniosi et locupletes vocabantur* (1). » Mais tout porte à croire que l'agriculture joua de très bonne heure dans la société romaine un rôle prépondérant. Cela était nécessaire pour que beaucoup d'habitants pussent vivre resserrés sur le territoire de Rome ; et nous savons que, dès le temps des rois, la population y fut très dense (2). Le sol, insalubre sans doute comme aujourd'hui, fut fertilisé et assaini par la charrue. Ainsi, l'agriculture, en même temps qu'elle assura aux *Quirites* le moyen de vivre, fit de leur patrie un séjour meilleur. C'est pourquoi elle fut toujours chez eux en grand honneur. Une très ancienne loi interdisait aux patriciens le commerce et ne leur permettait que les travaux agricoles

1. Cic. de Rep. 2, 9, 14. V. encore Denys, I, 37 et II, 2. Tite-Live, I, 4. Florus, II, 1.

2. Denys (I, 40) rapporte que le dénombrement ordonné par Servius donna un chiffre d'au moins 85.000 citoyens.

et militaires. Caton dira plus tard : « Ce que nos ancêtres estimaient le plus, c'était un bon laboureur, *bonum agricolam, bonumque colonum* (1) ».

Cela posé, et sans nous attarder davantage à ces préliminaires, abordons directement l'examen de l'organisation de la propriété et de la famille ; tout ce que nous avons observé jusqu'ici nous aidera à trouver la solution de ce problème.

Tout d'abord, il paraît bien que les *gentes*, qu'elles eussent été créées par les premiers fondateurs de Rome ou qu'elles fussent venues des villes voisines s'installer sur le territoire romain, conservèrent longtemps une forte unité. Chacune d'elles semble avoir eu un chef unique, que certains textes nomment le *princeps*, qui probablement était appelé aussi du nom de *pater*. La réunion de ces chefs des *gentes* formait le Sénat ; ce qui le prouve principalement, c'est que pour Tite-Live et pour Cicéron (2), la création de sénateurs nouveaux coïncide toujours avec l'adjonction au patriciat de *gentes* nouvelles (3). En outre, l'unité de la *gens* s'est maintenue par le groupement de ses membres sur un même terri-

1. Caton, *De re rustica*. I.

2. Liv. I, 35. Cic. de Rep. II, 20. V. sur cette question, Bloch, Orig. du Sénat romain, p. 103. Belot, Cheval rom., t. I, p. 31. Mommsen, *hist. rom.*, I, p. 92.

3. Voyez encore les textes suivants de P. Diacre. Edition d'Otfried Muller. *Editio nova*, Leipzig, 1830. « *Mater familiæ non ante dicebatur quam vir ejus paterfamiliæ dictus esset ; nec possunt hoc nomine plures in una familia præter unam appellari* (p. 125.) »

Familia antea in liberis hominibus dicebatur quorum dux et princeps vocabatur pater et mater familiæ, unde familia nobilium Pompiliorum, Valeriorum, Corneliorum (p. 86).

toire. Ce qui nous permet de le croire, c'est que les tribus romaines, quand elles se constituèrent plus tard, prirent généralement le nom d'une *gens* et qu'il est probable aussi qu'elles tiraient leur nom d'un *pagus* compris dans leur circonscription. Il suit de là que vraisemblablement chaque *pagus* portait le nom d'une *gens*; et comment l'expliquer, si l'on n'admet pas que les membres de la *gens* y avaient vécu groupés pendant un temps plus ou moins long? — Ainsi, nous constatons que l'organisation de la famille après la fondation de Rome, nous apparaît telle encore que dans l'âge pastoral; c'est toujours la famille patriarcale, comprenant un grand nombre d'individus, vivant en commun sous l'autorité d'un chef souverain.

Comment s'organise la propriété au sein de la famille ainsi constituée? Allons-nous trouver la propriété individuelle ou la copropriété familiale?

Voici une première raison qui doit, *à priori*, nous porter à admettre la copropriété: nous la puisons dans les traditions des Italiotes. Tout peuple qui a été d'abord adonné à l'art pastoral et qui passe ensuite à l'état agricole et sédentaire, pratique l'appropriation du sol par familles. En effet, l'établissement immédiat de la propriété individuelle ruinerait l'unité de la famille patriarcale, en disperserait les membres; elle serait contraire à l'égalité de droits entre les membres d'un même groupe, qui jusque là paraissait une règle équitable parce que l'art pastoral peut être aussi bien exercé par les faibles que par les forts. Or, l'instinct conservateur qui existe à un très haut degré chez les races issues de pas-

teurs s'oppose énergiquement à une révolution si prompte, si radicale. De plus, l'organisation patriarcale de la famille s'adapte aisément aux travaux des champs ; un grand nombre d'individus peuvent s'adonner ensemble à la même exploitation agricole, et un emploi avantageux est fait de leurs aptitudes diverses. Voilà le fait qu'on observe partout, et il est certain qu'à un certain moment de leur histoire les Italiotes ont connu ce genre de propriété (1). Mais ce moment n'est-il pas antérieur à la fondation de Rome ? Lorsque les compagnons de Romulus vinrent jeter les premières assises de la cité romaine, la propriété individuelle n'existait-elle pas déjà ou, tout au moins ne commença-t-elle pas alors à régner d'une manière prépondérante ?

Nous n'hésitons pas à répondre négativement. Comment les *gentes* auraient-elles subsisté avec cette unité que nous avons mise en lumière, si la propriété individuelle avait été la règle dès les origines de Rome ? Nous le disions tout à l'heure, la propriété individuelle brise l'unité de la famille patriarcale ; elle procure l'indépendance à ceux qui composent le groupe familial, et dès lors le groupe se dissout. Or, il est certain que la *gens* présente une cohésion bien supérieure au cours de l'époque royale que dans la période suivante ; le lien qu'a le Romain au temps de Cicéron avec les membres de sa *gens* autres que les agnats, est très relâché, il ne con-

1. V. Le Play : Ouvriers européens, t. II, et IV. De Laveleye : La propriété et ses formes primitives. Demolins : Les commencements de la culture en famille patriarcale, dans la Science sociale, t. I, p. 500 ; t. II, p. 405 ; t. III, p. 33 et 235.

siste guère que dans la communauté du tombeau, et dans certains droits de tutelle et de succession. Au contraire, tous les historiens montrent les *gentiles*, au début de l'histoire romaine, vivant toujours ensemble, partageant un même sort; c'est ainsi que la *gens Tarquinia* est tout entière expulsée de Rome avec son chef et ses clients. De l'unité originaire de la *gens*, nous concluons donc à l'existence de la copropriété familiale.

Si l'on demande d'autres preuves, il peut en être fourni de diverses sortes. Considérez d'abord combien de traces de cette communauté primitive ou découvre dans les coutumes, dans le droit des Romains. Nous aurons plus tard occasion de parler du *consortium*, cette société si communément pratiquée entre frères, dont l'usage a permis aux domaines de se transmettre longtemps impartagés; ne faut-il pas voir dans cette pratique un souvenir de ce qui jadis avait été la règle universellement admise? On a fait remarquer encore que le droit de succession des *gentiles* et des agnats était généralement qualifié de droit de retour (1). Enfin, la copropriété, que les jurisconsultes affirment exister entre le père et le fils, est un fait bien connu et très frappant; et ce fait ne se manifeste pas seulement par le droit que l'on reconnaît aux *sui* dans la succession paternelle: c'est ainsi que Servius Tullius, suivant Tite-Live et Denys (2), dans la répartition qu'il fit des citoyens en cinq classes d'après leurs richesses, mit dans la même classe le fils et le

1. Gaius, III, 14, *Cic. deorat.*, I, 39. Térence Andr. I, 2, 97. Dig. 10 pr. 38, 10

2. Liv. I, 24, Denys, IX, 36.

père, ce qui équivalait à les considérer comme ayant même fortune.

A la vérité les faits que nous venons de rappeler en dernier lieu s'expliqueraient suffisamment par les traditions italiotes, sans qu'il fut besoin d'admettre le régime de la copropriété dans les premiers temps de la cité romaine. Mais nous trouvons dans des textes très précis des preuves plus directes et plus décisives. On a plus d'une fois cité le texte de Gaius où il est dit que l'action *familie erciscundæ* vient de la loi des XII Tables : « *Actio*
« *familie erciscundæ a lege duodecim tabularum proficisci-*
« *tur* (1). » D'autres auteurs confirment cette assertion (2). Ainsi, avant la loi des XII Tables, il n'existait pas de moyen juridique pour obtenir le partage d'une succession; il ne pouvait y avoir que des partages à l'amiable. Le Code des décemvirs fut sans doute en général la consécration des coutumes préexistantes; mais, si Gaius dit vrai et si nous comprenons bien ses paroles, il aurait innové au moins sur ce point, en ce qui concerne le droit des héritiers à sortir de l'indivision. Il résulte de là évidemment, que c'est seulement vers la fin de l'époque royale qu'un mouvement se produit, qui pousse la société romaine vers le morcellement des patrimoines; et cela est parfaitement d'accord avec la dissolution des *gentes* qui a lieu vers le même temps, ainsi que nous le montrerons dans la suite. Au début, communauté des biens, union des membres d'une même

1. Gaius, II, 219.

2. Paul, Sent. I, 18, Dig. 10, 2, Cic. *de orat.* 1, 56.

gens ; tout nous invite à proclamer l'existence de ces deux faits corrélatifs.

Il nous faut citer, en dernier lieu, des textes de Tite Live, qui sont encore un puissant argument à l'appui de notre doctrine. Tite Live parle quelque part des *prata Quinctia* (1), ce qui signifie très certainement près de la *gens Quinctia* ; il mentionne également les près de la *gens Mucia* (2). Ailleurs, il dit que la terre des Tarquins, *ager Tarquiniorum*, fut consacrée au dieu Mars après que l'on eut décidé l'expulsion de la *gens Tarquinia* (3).

Ces textes, et les considérations de tout genre que nous avons fait valoir, ne permettent guère d'hésiter. La propriété collective de la famille a existé à Rome avant la propriété individuelle, et il ne suffit pas, pour démontrer le contraire, de dire, ainsi que le fait M. Maynz, que le passage à la propriété individuelle est inexplicable, que cette doctrine implique dans la marche du droit d'hérédité une irrégularité qui est contraire au génie romain. Nous aurons lieu d'examiner, dans la suite, le développement parallèle du droit de propriété et de famille et du droit de succession, et l'on verra que si le droit et les institutions de Rome se modifient au cours des siècles, cela peut être expliqué d'une façon plausible.

Nous ne pouvons, pour l'instant, que constater la réalité d'un fait qui nous a paru établi par des arguments dont la valeur est loin d'être méprisable (4).

1. Tite Live, III, 26.

2. Tite Live. II, 13.

3. Tite Live, II, 5.

4. La copropriété de famille est affirmée par de Laveleye : la

Au surplus, qu'on remarque bien que le régime de la propriété aux origines de Rome devait être assez incertain. Il en est ainsi dans toute société qui n'est pas encore constituée d'une façon définitive ; et, la copropriété familiale qui disparut au bout d'un petit nombre de siècles, dût être ébranlée dès l'origine, car les révolutions de cette espèce se préparent longtemps d'avance. Il est probable que le chef de la *gens* attribuait à ceux qui dépendaient de lui des lots de terre, qui, peu à peu devenaient leur propriété perpétuelle ; lorsque la *gens Clodia* vient s'établir à Rome, on voit dans Tite-Live que son chef partagea entre les siens les terres que lui avait assignées le Sénat. Mais ce partage ne donnait probablement qu'un titre précaire d'abord ; et la copropriété de famille par suite put durer pendant un certain temps.

Il nous reste pour compléter ce tableau des institutions essentielles du droit privé, à faire ressortir certains caractères de l'organisation de famille ; en particulier, la puissance paternelle mérite d'être considérée attentivement. On sait que cette puissance, tant que vécut le peuple romain, resta singulièrement forte ; les modernes l'ont tous constaté et les écrivains anciens, Gaius (1), De-

propriété et ses formes primitives, Fustel de Coulanges : *la Cité antique*, IV, 5, et, dans la *Revue historique* du 1^{er} avril 1889, étude sur les communautés de famille. Viollet, Caractère collectif des premières propriétés immobilières. Belot, Nantucket, étude sur les diverses sortes de propriété primitive, *Annuaire de la faculté des lettres de Lyon*, I, p. 126. En Allemagne, la même doctrine est soutenue, pour ne citer que les auteurs les plus récents, par Bücking, I, p. 173. Danz, *Rechtsgeschichte*, II, p. 88. Fitting-Castrens, *pec.* p. 113. Pernice, *Labco* I, p. 109. Brinz, *Pand.* I, § 113 et 250, II, § 41.

1. Gaius, I, 55.

nys d'Halycarnasse (2), s'en montraient déjà frappés. Ce n'est pas qu'on ne puisse trouver chez d'autres peuples, dans l'Inde par exemple, le même trait de mœurs ; mais dans le monde antique, il est certain que la société romaine s'est distinguée sous ce rapport des autres sociétés. L'autorité du père y est égale au moins à celle du patriarche chez les nomades. S'il en est ainsi après la loi des XII Tables, lorsque les *gentes* sont dissoutes, nul doute que le même caractère n'ait existé déjà à l'époque antérieure.

Tout porte à croire que le pouvoir paternel n'a pu que se maintenir ou subir une décroissance à mesure qu'on s'éloignait de l'âge pastoral. Nous nous représentons donc le *pater*, chef de la *gens*, comme exerçant à l'époque royale une autorité très étendue. Il ne règne pas seulement sur la *gens*, mais aussi sur les clients ; et cette autorité qu'il a, comme chef de clan ne peut que rehausser son prestige. Il ne faut pas dire d'ailleurs que ses actes soient exempts de tout contrôle ; mais le contrôle ne vient point des membres de la famille ; ce sont les autres *gentes*, ou plutôt leurs chefs qui interviennent, et l'intervention se fait en somme dans l'intérêt de l'État. Ainsi l'autorité rivale de l'État est la seule qui limite l'autorité du chef de famille.

La *gens* ainsi constituée présente un remarquable caractère d'unité. Comment nier le lien puissant qui unit ceux qui la composent, si l'on songe qu'ils ne possèdent rien qu'en commun, et que tous sont également soumis à l'autorité d'un seul chef souverain ? Aussi la *gens*, pour

garder cette unité, ne s'ouvre pas à tout venant; on ne permet que difficilement à des étrangers de s'y introduire, par mariage ou par adoption, apportant avec eux des traditions nouvelles (1).

Tels sont les traits particuliers de la propriété et de la famille que nous avons cru démêler à travers beaucoup d'incertitude et d'obscurité. On ne peut sur un tel sujet apporter que des conjectures. Ces simples conjectures nous ont paru jeter quelque lumière sur la question du droit de tester que nous allons maintenant étudier.

II

Que le droit de tester ait existé dès les origines de Rome, cela paraît certain, si l'on s'en rapporte au témoignage des écrivains anciens. Tite Live, Plutarque, Aulu-Gelle citent des testaments particuliers qu'ils font remonter à la période royale (2). Sans accepter complètement tout ce qu'ils en disent, tous les détails qu'ils donnent, on peut conclure de là qu'il était admis à l'époque classique que l'usage du testament remontait au temps des premiers Romains.

Puis tout le monde reconnaît, en se fondant principa-

1. *Una domus*, dit Cicéron, *communia omnia ; id autem est principium urbis et quasi seminarium republicæ* (De off. I, 17).

2. Tite Live, I, 3 et I, 46. Plutarque, Vie de Coriolan et Questions romaines, XXV. Aulu-Gelle, VI, 7.

lement sur deux textes, l'un de Gaius, l'autre de Justinien, fort importants pour nous, et, par malheur beaucoup trop brefs, que deux formes du testament ont précédé toutes les autres, et appartiennent à une très haute antiquité. « *Testamentorum autem, dit Gaius, (1) genera initio duo fuerunt : nam aut calatis comitiis testamenta faciebant, quæ comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causâ arma sumebant : procinctus est enim expeditus et armatus exercitus ; alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in prælium exituri.* » Voici maintenant le texte de Justinien (2) qui reproduit les idées et même certaines expressions de Gaius : « *Ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse, quorum altero in pace et in otio utebantur quod calatis comitiis appellabatur ; altero, quum in prælium exituri essent, quod procinctum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum.....* »

Les règles de ces testaments sont pour nous très obscures ; elles l'étaient déjà au temps de Justinien. Parlons d'abord du testament *calatis comitiis*, qui a soulevé de vives controverses.

Il n'est pas douteux, si l'on se place avant la création des centuries, que ce testament eût lieu dans des comices auxquels prenaient part les seuls patriciens, assemblés par curies (3). Nous savons par Gaius (4) que ces

1. Comm. II, 101.

2. Inst. II, X, 1.

3. La composition de l'assemblée curiate, même à la considérer dans les premiers temps de Rome, a donné lieu à des discussions très vives. Le plus probable à nos yeux est que les plébéiens n'ont fait partie de cette assemblée que vers le V^e ou le VI^e s. de Rome. V. Bloch. *op. cit.*, p. 293 et s.

4. V. le texte cité plus haut.

comices se réunissaient deux fois par an. Aulu Gelle nous apprend quelles affaires s'y traitaient : « *Pro collegio pontificum habentur aut regis aut flaminum inaugurandorum causæ..... iisdem comitiis et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant* ». (1) Ainsi la réunion des comices est nécessaire pour toute affaire importante, et notamment pour la confection du testament. Ces renseignements ne sont pas contestés.

Mais ce qui a donné lieu à de longues controverses, c'est la question de savoir quel rôle jouaient les patriciens assemblés dans la confection du testament : servaient-ils seulement de témoins, ou leur approbation était-elle nécessaire? Les deux systèmes comptent des partisans nombreux, qui ne sont pas près de s'accorder.

On a invoqué d'abord des arguments tirés de l'étymologie et des textes.

Ceux qui nient le caractère législatif du testament, font valoir le sens du mot *testari*, qui d'une façon générale veut dire recevoir un témoignage. Cela résulte, dit-on, de plusieurs textes des jurisconsultes, et, en particulier, de la formule suivante, citée par Gaius, que prononce celui qui teste *per æs et libram* : « *Hæc ita ut in his tabulis, cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, quiritæ, testimonium mihi perhibetote*. » (2) Ailleurs Gaius s'exprime ainsi : « *Quum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur, et eo amplius ut quidam putant, nec ipsi dicatur testimonium*. » (3) Dans l'opi-

1. *Noctes atticæ*, XV, 27.

2. *Comm.* II, 104.

3. L. 26. *Dig. qui testam. fac. poss.* XXVIII, 1.

nion contraire on répond que ces textes et un autre d'Ulpien (1) qu'on peut y joindre, ne disent pas clairement que l'expression *testari* vient du témoignage donné au testateur par des personnes présentes, et que d'autres jurisconsultes attribuent à cette expression une origine différente. « *Testamentum est mentis nostræ justa contestatio*, dit Ulpien. (2) » Le passage des Institutes de Justinien, (3) qu'on va lire, est encore plus net : « *Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.* » (4) Ainsi, dans ce débat sur le sens du mot *testari*, l'avantage ne paraît pas rester à ceux qui prétendent que les comices servaient seulement de témoins.

Ils trouvent de meilleurs arguments dans deux textes, l'un d'Aulu-Gelle, l'autre de Théophile : « *Tria genera testamentorum fuisse accipimus*, dit Aulu-Gelle, *unum quod calatis comitiis in populi concione fieret.* » (5) Or le même Aulu-Gelle définit ailleurs la *concio populi* : « *Concionem autem habere est verba facere ad populum sine ulla rogatione.* » (6) Donc la *concio*, à la différence de la *rogatio*, ne donne pas lieu à une manifestation de la volonté des assistants ; leur rôle est purement passif. Il suit de là qu'Aulu Gelle, regardant les testaments *calatis comitiis* comme faits *in concione populi*, leur refuse le caractère d'une loi. A cette argumentation on peut répondre qu'elle repose uniquement

1. L. 18, Dig., *cod. tit.*

2. Ulp. XX, 1.

3. Inst. II, 10.

4. Cf. Böcking. Pandectes III, § 26, note 4, p. 3. Vering. Romisch. Erbr. V, p. 136.

5. *Noctes atticæ*, XV, 27.

6. *Ibid.*, XIII, 15.

sur un mot, dont la signification était peut-être moins précise qu'on ne le dit, (1) Mais qu'objecter aux paroles suivantes de Théophile ? « Les *calata comitia* avaient lieu en temps de paix deux fois par an, de la manière suivante : Le héraut traversait la ville et appelait les citoyens, et tout le peuple se réunissait, et qui voulait, testait, de sorte que le peuple était témoin. (2) » Ne pouvant contester le sens de ce passage, on a dit que Théophile écrivait au temps de Justinien, beaucoup de siècles après la disparition du testament *calatis comitis* et que, eût-il consulté avec soin les documents anciens, il se peut qu'il y ait trouvé les éléments d'une libre interprétation plutôt que des renseignements précis, ce qui infirme la valeur de son témoignage. (3)

D'autre part, il y a des textes d'une portée presque aussi grande, que mettent en avant les partisans du testament loi. Les écrivains grecs désignent le testament romain par le mot νόμος, loi ; ils traduisent tester par νομοθετειν. En particulier, le testament *calatis comitiis* est appelé par Dion Cassius νόμος ο φρατρίατικός, loi des curies. Le caractère législatif du testament à l'origine se retrouve aussi dans plus d'une expression latine. Tester se dit fréquemment *legare* (4), *legem legatario dicere* (5), *legem testamento dicere* (6).

1. En ce sens, Becker, Römisch. Alterth. II, 1, p. 370. *Contrà*, Lange Römisch. Alterth. II, I, p. 136.

2. *Inst. paraph. ad tit. de testam ordin.*, § 1, II, 10.

3. En ce sens, Vering, Römisch. Erbr. V, p. 143, note 1.

4. V. le célèbre fragment des XII Tables ; *Uti legassit super pecunia*, etc.

5. L. 40, 31. Dig., XL, 5.

6. L. 14, Dig., XXVIII, 1 ; L. 114, 514, Dig. XXX.

Voilà quels éléments les textes ont fournis à la controverse. On a tiré ensuite argument dans chaque système de certaines invraisemblances que l'on signale dans le système opposé.

Comment, disent les uns, comprendre que, pour servir seulement de témoins, on ait réuni tous les patriciens (1)? En vain allègue-t-on l'absence de l'écriture chez les premiers Romains, le rôle tout spécial des témoins à cette époque, qui ne consiste pas seulement à affirmer l'acte constaté, mais à prêter main forte pour le faire exécuter; le moyen semble hors de proportion avec le but. Nul auteur ne dit qu'en général, pour les actions de la loi par exemple ou les *actus legitimi*, quand on avait besoin d'un témoignage, on crût nécessaire de réunir le peuple romain tout entier; et nous savons que, lorsque d'autres affaires que les testaments étaient traitées dans les comices, un vote populaire intervenait toujours (2).

Dans l'opinion contraire, — c'est un des arguments le plus souvent cités, — on déclare invraisemblable que tous les testaments de l'année aient pû être faits en deux jours, si l'examen et le vote des curies étaient nécessaires; car ainsi que nous l'avons vu par un fragment d'Aulu Gelle, en outre des testaments, on avait à s'occuper des adoptions et de la consécration qu'il fallait donner à certains dignitaires. Cet argument a paru embarrassant. Pour y

1. Ihering, Geist des röm. Rechts, I, p. 138. Danz. Der sakrale Schutz, p. 35.

2. V. Liv. XXXIX, 15; I, 40. Gell. XIII, 15; XV, 27. Cic. *pro Flacco*, c. 7.

répondre, on a dit que les testaments devaient être rares à l'origine (1), mais on n'a pas expliqué cette singularité. Elle ne serait plus un mystère, si le nombre de ceux qui pouvaient tester était minime.

Cela nous conduit à étudier certaines conditions du droit de tester, autres que les conditions de forme, et auxquelles les auteurs modernes ont prêté peu d'attention. Qui pouvait tester, quel était l'objet du testament ? Ces problèmes résolus, nous aurons une vue d'ensemble du testament primitif, et nous pourrons prendre parti dans la question de la liberté du testateur, car nous verrons apparaître la nécessité d'une limitation.

C'est dans cette recherche que la connaissance de l'organisation de la famille et de la propriété à Rome va nous être d'une grande utilité.

A ne considérer que cette organisation, il peut sembler au premier abord que le droit de tester ne devait pas exister. « La famille, dit Maine avec raison, est en réalité une corporation dont le patriarche est le représentant, nous pourrions presque dire l'officier public. Il avait des droits et supportait des charges, mais droits et charges étaient aux yeux de ses concitoyens et devant le droit, autant les droits et charges de la famille que les siens propres. Étudions un peu les effets que devait produire le décès de ce représentant. Devant la loi, et le magistrat de la cité, cette mort de l'autorité domestique devait être un événement parfaitement insignifiant. La personne qui était responsable pour elle devant la juridiction publique, portait

1. Thomasius, Dissert, LXVIII. Cf. Vering, Römisch, Erbr. V.

un autre nom et c'était tout. Les droits et obligations étaient ceux de la famille, et la famille avait le caractère distinctif d'une corporation, elle ne mourait pas (1) ». S'il en est ainsi, dira-t-on, le testament qui, en tant qu'acte de dernière volonté, suppose au moins la mort du testateur, n'avait pas de raison d'être. Le bien de famille étant indivis, le patriarche qui n'avait pas sur lui plus de droits que tout autre membre de la *gens*, ne pouvait en disposer ni au moment de sa mort ni pendant sa vie.

Mais n'était-il pas maître absolu de son autorité et n'avait-il pas le droit de la transmettre à un successeur de son choix ? N'est-ce pas là qu'il faut reconnaître le germe d'où est sorti pour arriver assez vite chez les Romains à un plein développement le droit de tester ? M. Maine l'a pensé, et nous croyons comme lui que le testament primitif fut « une manière de déclarer qui succéderait comme chef au testateur. »

M. Fustel de Coulanges, et depuis M. Bloch (2), ont soutenu une opinion qui, si elle était juste, excluerait cette hypothèse. Suivant eux, l'autorité patriarcale était attribuée à l'aîné de la famille par la coutume. L'auteur de la *Cité antique* paraît fonder d'abord cette opinion sur la présence en Grèce d'un semblable droit d'ainesse, ce qui est loin à nos yeux d'être une preuve décisive, car les institutions grecques, bien que sorties de la même source que celles de Rome, sous des influences nouvelles sont devenues peu à peu très différentes. Mais la preuve qu'il invoque avant tout est la suivante : « Ce qui permet, dit-il, de

1. Maine. L'ancien droit, trad. par Courcelle Seneuil, p. 175.

2. Bloch. Origines du Sénat romain, p. 187.

croire qu'au-delà des temps à nous connus le droit d'aînesse avait été en vigueur, c'est que l'existence de la *gens* romaine et sabine ne s'expliquerait pas sans lui. Comment une famille aurait-elle pu arriver à contenir plusieurs milliers de personnes libres, comme la famille Claudia, ou plusieurs centaines de combattants, tous patriciens, comme la famille Fabia, si le droit d'aînesse n'eût maintenu l'unité pendant une longue suite de générations et ne l'eût accrue de siècle en siècle en l'empêchant de se morceler (1)? » Il nous paraît très certain que M. Fustel de Coulanges se trompe ; le droit d'aînesse n'est pas le seul moyen de maintenir l'unité de direction dans la famille, qui sauvegarde l'unité de la famille elle-même. Ce but est atteint également si le chef de famille est désigné par les membres de la *gens*, ou par les autres *patres* groupés dans le Sénat, ou, suivant l'opinion que nous adoptons, par le choix de son prédécesseur. Ce qui nous porte à croire que telle fut bien la règle suivie, c'est que seul ce système s'accordait avec l'étendue si remarquable de l'autorité patriarcale, que nous nous sommes attachés plus haut à faire ressortir.

A ce premier argument nous pouvons en ajouter un autre, d'une portée plus grande, qui nous prouvera non plus seulement que le père de famille avait le droit de transmettre son pouvoir à un successeur de son choix, mais que cette transmission était le but essentiel du testament primitif ; et ainsi sera établie la proposition principale que nous avons avancée avec l'appui de Sumner Maine.

1. *La cité antique*. L: II, ch. VIII:

Il y a dans la langue juridique des Romains une expression assurément ancienne, qui sert à désigner l'objet du testament et s'applique à tout ce qui dépend de l'autorité patriarcale ; c'est le mot *familia*. La *familia* comprend les choses aussi bien que les personnes, esclaves, enfants de famille, affranchis ou clients, biens de toute espèce. Les textes le donnent à croire : « *Familiae appellatio*, dit Ulpien, *qualiter accipiatur videamus. Et quidem varie accepta est : nam et in res et in personas deducitur* (1). » La science étymologique confirme les textes (2). D'autre part, il n'est pas moins certain qu'on se servait de *familia* en parlant d'une hérédité, de l'objet d'un testament. Ainsi les jurisconsultes disent *familiam eriscere* aussi bien que *hereditatem dividere*. On trouve dans les XII Tables : « *Agnatus proximus familiam habeto*. » Le fragment des XII Tables qui proclame la liberté du testateur, la formule du testament *per æs et libram* contiennent aussi le mot *familia*.

Pour conclure, l'objet du testament primitif se prouve par la dénomination qu'on lui donne. Il faut que les pouvoirs du chef de famille passent à un successeur ; et ce

1. Ulp. I, 195 de v. s. 50, 16. Voici d'autres textes où il est parlé de la *familia* : Phèdre, Fable III, 19, 3. Cic. de inv. II, 50. Tite Live, VIII, 15. Ter. Heant. V, 1, 36. Quint, decl. 308. Gell. I, 9. Ulp. XI, 14, I, 195, § 1. Cit. Hermog., Paul, Ulp. I, 14, § 7.

2. *Familia* vient de l'osque *fama*, nom qui veut dire demeurer, et aussi de l'osque *famel*, *famelo* qui s'applique aux esclaves. En latin *famelus*, *famul*, et en langue ombrienne, *fameria* sont des dérivés de l'osque. Voir pour de plus amples détails : Vering, Römisch Ebrecht, p. 26. Puchta. Inst. I, 39, note b. Huschke. Die oskischen und sabellischen Sprachdenkmäler. p. 67, 111, 115.

successeur, c'est le chef de famille lui-même, en vertu de sa toute puissance, qui le nomme.

Cela posé, ne voit-on pas que le choix de l'héritier intéressait la cité toute entière, et que dès lors il dut paraître nécessaire de soumettre à un contrôle le droit qu'on reconnaissait au *pater*? L'héritier désigné n'avait pas seulement des fonctions dans la famille; il devenait un des chefs de la cité, il allait siéger au Sénat, et à ce titre son pouvoir s'étendait sur toutes les *gentes* patriciennes. C'est pourquoi nous pensons que le choix du chef de famille avait besoin d'être ratifié par tous les patriciens; et, si l'on se reporte à la discussion relative au testament *calatis comitiis*, l'opinion qui soutient que les curies prenaient par leur vote une part active à la confection du testament devient très vraisemblable.

Ce contrôle exercé sur la volonté du *pater* semble d'une nécessité encore plus évidente, lorsque l'on suppose l'héritier pris non plus dans la famille, mais en dehors d'elle. A vrai dire un tel choix ne se comprend guère tant que la *gens* vécut groupée et nombreuse; il dut alors être fort rare, sinon impossible. Mais il est à présumer que ce fait se produisit plus fréquemment à l'époque où la *gens*, étant en dissolution, commença à se séparer en fractions plus restreintes. Par l'effet de ce fractionnement, il put arriver que le *pater* fût obligé de chercher, parmi d'autres que les siens, un héritier digne de lui succéder (1). Mais si de la sorte on assurait cette perpétuité de la race

1. Dès le commencement de la République, beaucoup de familles patriciennes tendent à s'éteindre. V. Bloch., *op. cit.*, p. 117 et suiv.

à laquelle tiennent tous les peuples conservateurs, n'était-ce pas violer absolument l'unité de la famille que d'y introduire un étranger pour y remplir la fonction la plus haute ? N'est-il pas croyable qu'on dut prendre des précautions contre l'exercice immodéré de cette faculté, et quelle précaution meilleure que d'exiger l'intervention des comices par curies, c'est-à-dire de tous les patriciens qui, réunis en corps, autour de leurs chefs, en présence des flamines, devaient être portés à réprimer les veilles individuelles d'innovation. De fait, ce n'est pas là une pure supposition ; dans le cas qui nous occupe, nous sommes en mesure d'affirmer et de prouver que tel fut bien le rôle des curies. En effet, choisir l'héritier en dehors de la famille, c'est rendre nécessaire son adoption ; pour qui sait à quel point les familles romaines formaient des unités distinctes, sans mélange, il serait impossible de concevoir que ce successeur du *pater* ne rompit pas les liens qui l'attachaient à une autre communauté, et ne devînt pas devant la loi, par l'accomplissement de toutes les solennités civiles et religieuses, membre du groupe dont la direction lui était réservée ; bref, qu'il ne fût pas adopté, en même temps qu'institué. Or l'adoption, nous le savons de source certaine, n'était valable que si les curies y donnaient leur assentiment.

Remarquez que nous n'adhérons pas à l'opinion de Gans (1), suivant laquelle le testament primitif se fondait toujours avec l'adoption. Les conclusions aux-

1. Gans. Das Erbrecht, II, p. 99. La même doctrine est soutenue par Vering. Römisches Erbrecht, p. 127, par Puchta : *Cursus des Inst.*, III, p. 228.

quelles nous sommes arrivés sont essentiellement différentes. Car, si nous rencontrons un cas particulier où Gans a raison, ce n'est pas dire que sa thèse soit vraie d'une façon générale ; loin de là, il y avait, suivant nous, au temps du testament *calatis comitiis*, des adoptions qui n'étaient pas des testaments, car rien n'oblige à croire que le *pater*, pour augmenter la famille d'un nouveau membre fût tenu d'en faire son successeur et, d'un autre côté, la plupart des testaments ne comportaient pas d'adoption, puisque d'ordinaire l'héritier de l'autorité patriarcale était pris parmi les membres de la famille. Et même, si l'on veut remonter à l'origine la plus lointaine du droit successoral, la thèse de Gans ne contient plus la moindre part de vérité ; car, nous l'avons dit, la nécessité de prendre l'héritier hors de la famille, d'où sortit le testament mêlé d'adoption, ne paraît pas s'être produite tout d'abord. L'erreur de Gans et de tous ceux qui ont admis son système, provient de ce que, se fondant sur la similitude des conditions requises pour le testament et l'adoption, ils ont cru pouvoir affirmer l'identité des deux institutions ; c'est là une doctrine hasardée que, mieux instruit en ce qui concerne l'organisation sociale des Romains et toutes les conséquences qui en découlent, nous nous jugeons en droit de repousser (1).

1. Cf. Mommsen, I, 1, 5, p. 106 : « Le préliminaire d'une entente légale est indispensable toutes les fois que le droit ordinaire doit être abandonné. De là l'adrogation et le testament *calatis comitiis*. En somme ces deux institutions sont absolument distinctes ; elles se ressemblent seulement parce qu'elles dérogent au droit commun et nécessitent l'intervention des curies. » De même M. Cuq. dit : (*Revue historique du droit*, X, p. 541). « Le testament était l'acte par lequel on transmettait toute ou partie de ses biens en dehors des règles consacrées par les coutumes. »

On a vu que d'une façon essentielle l'exercice du droit de tester consistait à régler la transmission à un successeur de l'autorité patriarcale ; toutefois, il serait peut-être excessif de dire que rien d'autre ne put faire la matière d'un testament. Sans doute, on doit présumer que le patrimoine était inaliénable (1) autant qu'impartageable ; tout changement relatif aux biens eût ébranlé l'unité de la famille. Cependant, il n'est pas impossible que le chef de la *gens*, bien qu'il n'eût, en dehors de ses droits de copropriétaire, que des pouvoirs d'administrateur, fut cependant investi d'une puissance assez grande pour qu'on lui concédât la faculté de disposer, de faire des legs. Cette faculté existe certainement à l'époque des XII Tables au profit du père de famille, et pourtant la vieille idée de copropriété subsiste. Il est vrai qu'à ce moment l'organisation de la famille est transformée. Mais, même lorsque la *gens* n'était pas dissoute, il est probable que l'on commençait à attribuer au *pater* des droits plus étendus que ceux d'un simple administrateur, *stricto sensu* ; car l'évolution des idées juridiques est lente à Rome, et il est probable que dès l'origine la puissance

1. L'inaliénabilité des biens de famille est une règle à peu près générale chez les peuples où le type patriarcal de la famille ne s'est pas encore modifié malgré le passage de l'état nomade à l'état sédentaire. Cette règle existe à Sparte, suivant Aristote (Polit., II, 4, 4) et à Thèbes (Polit. II, 9, 7) en un mot dans la plupart des villes grecques (Polit., VI, 2, 5). Elle existe aujourd'hui chez les Bulgares (Le Play. Ouvriers européens, t. IV, p. 60) chez certaines tribus de l'Algérie (V. le Kanoun des Cheurfas cité par Masqueray, Formation des cités chez les populations sédentaires de l'Algérie, p. 275).

paternelle tendit à effacer les droits des autres membres de la famille.

Mais, ici encore, ne sent-on pas la nécessité d'une intervention de la puissance publique? Une barrière ne dut-elle pas être élevée pour mettre obstacle à ce qu'il fût fait abus du droit exorbitant qu'on reconnaissait au *pater*? Si vraiment on admit que le testament pût porter atteinte à l'intégrité du patrimoine familial, n'est-il pas très vraisemblable que l'intervention des curies ait été déclarée indispensable, afin d'empêcher que la tradition, c'est-à-dire la loi suprême, ne fût trop gravement violée, et pour légitimer dans une certaine mesure cette violation en lui donnant un caractère législatif?

Résumons les notions relatives au droit de tester que nous avons établies.

L'objet essentiel du testament, c'est la désignation d'un chef pris dans la famille ou en dehors d'elle; en outre, il est permis de penser que le testateur eut, d'une manière exceptionnelle, la faculté de faire des legs.

Le *pater* seul peut tester (1); car seul il a des droits dont il dispose en propre, seul il est assez puissant pour qu'on l'autorise à empiéter sur les droits de ses copropriétaires, à les aliéner en même temps que les siens.

Quel que soit l'objet du testament, nous avons constaté qu'il y avait de bonnes raisons pour croire que la volonté

1. Par là se trouve réfuté l'argument de ceux qui disent que, si le testament *calatis comitiis* était une loi, on ne pourrait comprendre que tous les testaments de l'année aient été faits en deux jours; deux jours suffisaient parce que les *patres* qui seuls testaient, n'étaient pas très nombreux, et qu'ils ne testaient pas tous les ans.

du testateur ne s'exerçait pas en toute liberté; par suite, la controverse qui s'est élevée à propos du testament *calatis comitiis*, et où les arguments apportés de part et d'autre nous avaient paru de force presque égale, est pour nous désormais supprimée: les curies jouent bien un rôle actif, les testaments doivent être approuvés par elles. Et ce contrôle, par lequel on tempère la liberté du testateur, n'émane pas des membres de la famille, mais des pouvoirs publics, ce qui compromet moins le prestige du *pater*. Le testateur fait un acte qui intéresse toute la cité, auquel tous les *Quirites* prennent part. Aussi son œuvre est-elle regardée comme ayant rapport au droit public encore plus qu'au droit privé (1), et cette conception qui ne se comprend qu'à cause des caractères que nous avons assignés au testament primitif, qui, par suite, les confirme, se conservera chez les jurisconsultes longtemps après que le testament aura été soustrait à toute intervention de l'État (2).

1. V. un texte de Papinien, L. 3. Dig., XXVIII, 1.

2. Voici les principaux auteurs qui soutiennent le caractère législatif du testament *calatis comitiis*: *Thomasius, Prima initia success. testam. apud Roman*, tome II, p. 1034. Heineccius, *De origine testamentificationis*, tome II, p. 495. Trekel. *Tract. de origine et progressu testamenti fact.* c. II, § 12. Gans, *Erbrecht*, II, p. 40. Gluck, *Ausfuhr. Erläuterung der Pandecten XXXIII*, p. 338. Niebuhr, *hist. rom.*, tome III. Götting, *Gesch. der Römer Staatverfass.* p. 177. Puchta. *Inst.* III, p. 234. Esmarch, *Röm. Rechtsgesch.* p. 28. Ihering, *Geist des röm. Rechts*, I, p. 135. Ahrens, *Jurist. Encyklopädie*, I, p. 250. Kuntze, *Excuse*, p. 136. Pernice, *Labeo*, I, p. 358. Mommsen, *Röm. Gesch.*, I, p. 156. Accarias, *Précis de droit romain*, tome I, etc. etc.

Les partisans de l'autre système sont un peu moins nombreux : Citons : Dernburg, *Beiträge zur Geschichte des röm. Test.*, p. 16. Huschke, *Rhein. Mus.* VI, p. 288. Voigt, *Die XII Tafeln*, I, p. 171.

Il nous reste à dire quelques mots d'une autre forme de testament, le testament *in procinctu* que les Romains, suivant les expressions de Gaius, faisaient avant de livrer bataille, *in praelium exituri*. Les guerres étaient si fréquentes qu'il fallait que le droit de tester pût s'exercer sous les armes comme en temps de paix. On sait peu de choses sur ce second testament. A en croire les auteurs anciens, les assistants n'auraient servi que de témoins ; aucune limitation n'aurait restreint la liberté du testateur. Mais ceux qui pensent aujourd'hui que le testament *calatis comitiis* était une loi ont bien vu qu'une pareille contradiction dans les coutumes romaines était impossible à admettre. Nous aurons à rechercher si plus tard le testament *in procinctu* ne devint pas conforme à ce qu'affirment les auteurs anciens. Pour ce qui est de la période la plus reculée, la seule dont nous nous occupions en ce moment, il nous paraît certain que des différences dans la forme plus que dans le fond devaient le séparer du testament *calatis comitiis*. Mais, dira-t-on, comment les comices pouvaient-ils intervenir et voter sur le champ de bataille ? Cette objection ne nous embarrasse pas. L'armée romaine, au commencement de l'époque royale, paraît n'avoir été autre chose que la nation toute entière, réunie par curies et par familles pour le combat. Denys l'affirme : « Le guerrier, dit-il, a pour voisin dans le combat celui avec qui, en temps de paix, il fait la libation et le sacrifice au même autel (1). » Rien ne s'oppose

Lange, Röm. Alterth, I, p. 136. Muhlenbruch, sur Heineccius, II, p. 418. Danz. Lehrbuch des röm. Rechts, II, p. 6. Hölder, Beiträge zur Gesch. des röm. Erbrechts, p. 26.

1. Denys, II, 23.

dès lors à ce que les Romains, groupés de la même manière pour les travaux de la guerre et pour ceux de la paix légiférassent en tous temps et veillassent aux intérêts de l'État. Au surplus, il est probable que le testament *in procinctu* s'accomplissait plutôt dans Rome, lorsqu'on prenait les armes, que sur le champ de bataille même ; l'expression dont se sert Gaius, « *in prælium exi-
turi* », est favorable à cette hypothèse (1).

Avec l'examen du testament *in procinctu*, nous avons épuisé tout ce que nous avons à dire sur la période la plus ancienne de l'histoire du droit de tester. Le trait caractéristique de cette période, c'est la limitation apportée au pouvoir du testateur. Au contraire, la loi des XII Tables paraît assurer le libre exercice de sa volonté. Si les caractères divers du droit de tester dépendent de l'organisation sociale, il est donc à présumer qu'entre l'époque primitive et la loi des XII Tables un grand changement s'est opéré dans la société ; c'est là ce que nous devons maintenant rechercher.

1. En ce sens, Mommsen, *Hist. rom.*, I, p. 107, Vering, *Romisch. Erbrecht*, p. 160. Cet auteur, qui dit comme nous que le testament *in procinctu* était une loi, invoque en faveur de son opinion un texte de Cicéron que nous n'avons pas jugé très probant.

Au siècle dernier, on a mis en avant des hypothèses variées touchant la manière dont le peuple approuvait les testaments *in procinctu*. Heineccius pense qu'une approbation tacite suffisait. Suivant Trekell, quand l'armée était rentrée dans Rome le magistrat devait donner connaissance aux comices des testaments faits pendant la guerre : mais si le testateur survivait, le testament devenait nul de plein droit.

CHAPITRE II

DU DROIT DE DISPOSER PAR TESTAMENT AU TEMPS DES

XII TABLES

I

Nous avons dit, au commencement du chapitre précédent que les plébéiens dans les premiers temps de Rome n'avaient pas eu d'influence directe sur la formation du droit qui était purement patricien. Durant la période que nous allons étudier maintenant, il n'en est plus de même. Peu à peu, les plébéiens sortent de l'état de sujétion étroite où ils étaient à l'origine, et ils deviennent assez forts pour imposer leurs volontés aux patriciens.

Il est fort difficile de suivre ce mouvement, qui s'accomplit à une époque ténébreuse, sur laquelle les historiens ne fournissent que des documents rares et d'une valeur contestable. Il nous paraît vraisemblable que les plébéiens, adonnés principalement à la culture du sol, éloignés peut-être des travaux militaires et sûrement des affaires politiques, trouvèrent dans la condition même où ils étaient réduits le moyen de résister à leurs oppresseurs. Ils étaient les maîtres du sol en qualité

d'*assidui*, suivant un vieux mot latin, c'est-à-dire à titre de possesseurs, plutôt que de véritables propriétaires. Cependant, il est à présumer que, d'assez bonne heure, au moins depuis Servius Tullius, ils reçurent des parts du domaine public en toute propriété ; Denys d'Halycarnasse et Tite-Live en font foi (1). Aussi parvinrent-ils à s'enrichir assez vite et ils purent bientôt, sous le rapport de la fortune, rivaliser dans une certaine mesure avec les patriciens.

D'autre part, il ne faudrait pas croire que chez eux la famille fût absolument désorganisée, qu'ils ne connussent aucune de ces traditions, aucun de ces liens puissants qui groupaient les patriciens et faisaient leur force. Quelle que soit l'obscurité qui règne sur l'origine de la plèbe, il nous semble impossible de ne pas admettre qu'elle fut composée d'abord d'un groupe d'habitants que les compagnons de Romulus trouvèrent installés sur le sol romain, puis de clients tombés en déchéance et de vaincus transportés à Rome. Les uns et les autres avaient sans doute des institutions plus ou moins semblables à celle des *Quirites*. Il est probable qu'ils les conservaient, autant qu'il leur était permis de le faire, en dépit de l'oppresseur qui dispersait les familles et détruisait à plus forte raison les groupements plus étendus. On voit dans Tite-Live que plus tard les patriciens reprochent à

1. Tite-Live, I, 46. Denys, IV, 9, 10, 13. V. Niebuhr, I, § 452. On tend aujourd'hui à regarder la condition de la plèbe comme moins humble qu'on ne croyait autrefois ; c'est l'opinion de E. Be-
lot et de M. Willems qui ont repris sur ce point la doctrine de
Niebuhr.

la plèbe de ne pas connaître la *gens* (1). C'est évidemment une exagération. Sans doute, la *gens* n'a jamais eu chez les plébéiens la même cohésion que chez leurs maîtres ; mais, qu'il y ait eu des *gentes* plébéiennes, cela ne fait pas de doute, si l'on considère que les historiens en signalent plusieurs dans les derniers siècles de la République ; et ces *gentes* avaient certainement existé de tout temps, car on ne conçoit guère la création artificielle d'une institution de ce genre (2).

Le relèvement des plébéiens s'explique enfin par l'appui qu'ils reçurent en général des rois, qui avaient besoin d'eux pour les soutenir contre les patriciens. Nous avons déjà dit que Servius Tullius leur distribua libéralement des terres et favorisa ainsi le développement de leur fortune. Mais la grande réforme à laquelle il a attaché son nom, c'est cette division bien connue de tous les citoyens en cinq classes, et en un plus grand nombre de centuries, où les plébéiens furent admis concurremment avec les patriciens ; par là, la cité fut complètement bouleversée et un régime démocratique, égalitaire, tendit à s'établir. On ne sait pas exactement si des droits politiques furent acquis aussitôt à la plèbe ; il est à croire tout au moins qu'après la mort de Servius, la classe aristocratique ressaisit et garda pour elle seule la gestion des affaires publiques. Il est certain au contraire que désormais les plébéiens furent admis dans les rangs de l'armée et qu'ils y restèrent ; l'armée, de même qu'elle avait été organisée à l'o-

1. Tite-Live, IV. 4, 6, X, 7, 8.

2. Cf. Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, L. IV, ch. II. Mommsen, *Hist. rom.*, I, p. 87.

origine d'après la division des citoyens par curies, fut distribuée désormais par centuries. Cette substitution des centuries aux curies est importante à connaître si l'on veut bien comprendre certaines modifications que subit le testament *in procinctu* : nous en parlerons bientôt.

Pendant que les plébéiens s'élevaient à une condition très supérieure, les patriciens voyaient de leur côté de graves changements s'accomplir dans leurs institutions sociales. Quelle que soit sa stabilité naturelle, l'organisation patriarcale de la famille, lorsque l'art pastoral a cessé d'être l'objet principal du travail, contient toujours des germes de dissolution dont l'action se fait sentir tôt ou tard. L'art pastoral est accessible à tous, il réclame peu d'efforts et d'intelligence ; aussi semble-t-il juste que tous les membres de la famille aient une part égale dans les profits, qu'ils aient les mêmes droits sur le patrimoine familial. Au contraire, il faut, pour se livrer utilement à toute espèce d'autres travaux, une somme d'énergie, de prévoyance que tous ne peuvent donner ; et cependant l'hérédité tend à maintenir l'égalité des droits. La famille ressemble alors à une association où les bénéfices seraient égaux, bien que les apports fussent inégaux. Aussi, quand on a vainement usé d'expédients pour corriger l'injustice de cette organisation, il vient un jour où ceux qui se prétendent lésés réclament le partage des biens, et alors la communauté familiale se dissout. (1)

La *gens romaine* n'échappa pas à cette nécessité. Par

1, V. de Laveleye. La Péninsule des Balkans, passim. Demolins : Etablissement de la culture en famille patriarcale, dans la Science sociale, t. III, p. 235.

quels faits précis se manifesta ce mouvement qui eut de si graves conséquences ? Combien de temps dura-t-il ? Il est difficile de répondre à ces questions. Les changements dans l'organisation de la famille, quoique si importants pour qui veut expliquer l'histoire d'un peuple, n'ont jamais rencontré que l'indifférence des historiens ; et d'ailleurs, les monuments historiques relatifs aux premiers temps de Rome sont à tous égards bien insuffisants ! Toutefois on peut conjecturer que la dissolution des *gentes* est accomplie d'une manière presque universelle à la fin du troisième siècle de Rome, lorsque les décemvirs rédigent la loi des XII Tables. A ce moment aucun chef de clan n'est plus assez puissant pour faire reconnaître son autorité et obtenir la royauté ; les Tarquins sont les derniers qui aient été capables de se maintenir au pouvoir. Ce n'est là qu'un indice ; il faut s'en contenter, car, en ces matières, il est difficile de découvrir des preuves décisives.

Ce double mouvement, qui, d'une part, procurait l'indépendance et des institutions plus stables aux plébéiens et, de l'autre, modifiait gravement l'organisation sociale des patriciens, tendait à établir l'unité dans la cité, au moins en ce qui concerne le droit privé. La plèbe était poussée à adopter les mêmes règles que ses maîtres quant à la famille et à la propriété, car c'était là réaliser en partie l'égalité qu'elle rêvait ; et, d'ailleurs, ses traditions étaient conformes à ce vœu légitime. Le patriciat, par le démembrement de la *gens*, s'acheminait peu à peu vers un état tel que des différences très minimes allaient le séparer désormais de la plèbe ; nous ne par-

lons cela s'entend, que du droit privé. Il y avait ainsi, dans l'État romain, comme deux courants coutumiers qui allaient se rapprochant de plus en plus, pour se réunir un jour en un même fleuve.

Voici quelles institutions, communes aux deux ordres, sortirent de là. Dans la famille qui ne se composa plus que de descendants d'un même auteur vivant, l'autorité paternelle fut très forte, plus despotique même que n'avait été celle du chef de la *gens*. Ce dernier gouvernait des collatéraux, des parents de toute sorte qui, égaux en âge et en expérience, devaient être portés parfois à lui résister ; au contraire, dans la période qui s'ouvre maintenant, le chef de famille n'étant plus préposé qu'à des descendants, il parut naturel que son pouvoir vis-à-vis d'eux fût sans limites. Dès lors, on lui reconnut sur les biens héréditaires, non plus seulement les droits d'un simple administrateur, mais un droit absolu de disposition ; on en vint même à le regarder comme propriétaire de tout ce que les membres de la famille acquéraient, de peur sans doute que ceux-ci ne trouvassent dans la fortune une source d'indépendance. Et cependant, bien qu'elle fût contraire à ces principes nouveaux, la vieille idée de copropriété ne fut pas complètement abandonnée ; on la mit, si l'on peut dire, en réserve, pour s'en servir au besoin.

A ces renseignements que nous tirons surtout des juriconsultes, il faut, pour compléter le tableau des mœurs nouvelles, en joindre d'autres que nous emprunterons plutôt aux historiens et aux écrivains de tout

genre (1), car nous devons nous préoccuper d'une coutume qui n'a laissé que peu de traces dans la législation romaine. On vit longtemps à Rome des frères et peut-être des parents moins proches, vivre ensemble au même foyer, quoiqu'ils fussent *sui juris*, libres de toute sujétion de famille. Cette coutume, c'était le *consortium*, et ceux qui vivaient ainsi recevaient le nom de *consortes* ; *consortes* était même devenu synonyme de *fratres*. Le *consortium* dura très longtemps à Rome. Aulu-Gelle en parle comme d'une institution extrêmement ancienne : « *Et coibatur societas inseparabilis*, dit-il, *tanquam illud fuit antiquum consortium, quod jure atque verbo romano appellatur « ercto non cito »* » (2). Valère Maxime cite l'exemple suivant qui paraît devoir être rapporté au sixième siècle de Rome : « *Sexdecim eo tempore Ælii fuerunt, quibus una domuncula erat et unus in agro Vejente fundus* » (3). » Le même auteur cite un trait où il est question de la maison des Brutus, « *Brutorum domum* », et qui se place en l'an 558 de Rome (4). Enfin, Plutarque mentionne plusieurs fois des frères vivant au même foyer vers la fin de la République (5). Cet usage si vivace était un souvenir de l'époque

1. Ovide, Métam. XI, 347 ; VI, 97 ; Héroïdes, XIII, 61. Cicéron, Verr., II, 3, 23. Tibulle, II, 5, 24. Pline, Epist. VIII, 18, 4. Lucrèce, III, 769, V. Paternulus, I, 10.

2. Aulu-Gelle, I, 9.

3. Val. Max. IV, 4, 8.

4. Val. Max. IX, 1, 3.

5. Plutarque. Vie des hommes illustres. Caton, I, 1. Crassus, I, 1. Marius, 3, 1. Il est parlé encore des *consortes* dans les textes suivants : Festus, v^o Tite-Live, XLI, 27, etc.

V. sur le *consortium* le remarquable travail de M. Poinsnel, intitulé : Des sociétés universelles chez les Romains. Revue hist. du droit, t. II.

primitive, où des groupements plus considérables avaient lieu, puisque les *gentiles* et leurs clients vivaient alors ensemble sur le même domaine : les *gentes* s'étaient séparées en plusieurs souches, en *stirpes*, mais celles-ci tendaient à rester unies et la dispersion ne se consommait que peu à peu, par une évolution lente qui est bien familière au peuple romain. Ainsi s'explique la persistance des domaines indivis, portant le nom d'une famille, qui est attestée par les écrivains agronomes.

Voilà quelle organisation nouvelle de la famille et de la propriété succède à celle du premier âge. S'il y a unité à ce point de vue dans la cité romaine, c'est parce que les mœurs le permettent ; c'est aussi parce que l'action du législateur s'est conformée à la tendance des mœurs. On sait comment fut faite la loi des XII Tables. Les plébéiens réclamaient un Code commun aux deux ordres ; ils y voyaient une garantie pour leur liberté, c'était un premier pas vers l'égalité absolue. Les patriciens durent céder et le Code nouveau fut rédigé par dix citoyens qui furent pris dans la plèbe aussi bien que dans le patriciat. Ceux-ci empruntèrent peut-être quelques dispositions aux lois grecques ; mais le plus probable est qu'ils se proposèrent surtout de codifier les coutumes du temps ; les Romains étaient trop conservateurs pour créer une législation absolument neuve, fondée sur la raison plus que sur la tradition. Avant tout, les décemvirs voulurent unifier le droit privé ; ils se vantaient « *se omnibus summis infimisque jura æquasse* (1) » ; et Tite-Live dit bien que

1. T. L. II, 34.

telle avait été leur mission, « *æquare libertatem, æquare jura* » (1). Au surplus, l'unification ne pouvait être complète. Le patriciat conserva toujours certaines institutions qui rappelaient son ancienne prééminence. La *gens* patricienne, quoique dispersée, gardait une force de cohésion telle que rien de pareil ne se voyait du côté des plébéiens. Certains actes de la vie civile, comme le mariage par *confarreatio*, demeurèrent le privilège exclusif des descendants de la classe aristocratique.

Nous allons constater cette unification incomplète du droit en étudiant le renouvellement du droit testamentaire, qui, nécessairement, devait suivre les changements que nous avons décrits dans la propriété et dans la famille.

II

Sitôt que le droit de propriété, et, en particulier le droit de propriété foncière, fut reconnu aux plébéiens, ils sentirent sans aucun doute le besoin d'établir des règles précises, formalistes, en ce qui concerne les actes de disposition à cause de mort comme les actes de disposition entre vifs ; on va voir quelles formes nouvelles de testament ce besoin fit naître.

Il leur fallait d'abord un testament de nature à être fait en temps de paix. Certains auteurs (1) ont prétendu

1. T. L. III, 31.

2. Walter, Röm. Rechtsgesch, I, p. 56 et 76. Hölder, Beiträge zur Gesch. des röm. Erbr., p. 44. Huschke, Rheinische Museum, VI, p. 291. Puchta, Coursus der Inst. III, § 306.

qu'ils empruntèrent aux patriciens le testament *calatis comitiis*. Et en effet, a-t-on dit, après les réformes de Servius Tullius, il y eut toujours des comices par curies, sur la composition desquels on n'est pas d'accord, mais il y eut aussi des comices par centuries et du ressort de ces derniers comices où tous les citoyens avaient accès furent désormais les testaments. En faveur de cette opinion, on invoque Aulu-Gelle qui, à propos des *calata comitia*, mentionne aussi bien les *centuriata* que les *curiata*. — Mais, outre que le texte est peu clair, comment comprendre, étant donné le caractère religieux de leur testament, que les patriciens aient consenti à l'accomplir devant la plèbe qu'ils écartèrent toujours de leurs cérémonies sacrales (1); il faudrait donc croire que ce caractère religieux aurait tout d'un coup disparu, ce qui n'est pas conforme à l'esprit de conservation des Romains, des vieux patriciens surtout. De plus, nous avons établi que le testament *calatis comitiis* comportait un vote de l'assemblée au sein de laquelle il se faisait; or, il est impossible que les patriciens aient consenti à soumettre leurs volontés suprêmes à l'approbation de la plèbe; et, d'autre part, il n'y avait pas la moindre raison pour que l'exercice du droit de tester parmi les plébéiens fut subordonné à un contrôle. Si l'on nous dit que, dans les comices par centuries, à la différence de ce qui avait lieu dans les curies, les assistants furent appelés à fournir seulement leur témoignage, nous répondrons qu'il serait inconcevable que

1. Cic. Leg. agr. II, 11: « *Curiata (comitia) tamen auspicio-
rum causa remanserunt.* »

pour un acte quelconque on eût requis la présence d'environ quatre-vingt mille hommes afin de leur faire jouer un tel rôle. Enfin, un dernier avantage de notre système sur celui que nous combattons, c'est qu'il peut s'appuyer sur un texte absolument net : Dion Cassius (1) appelle le testament *calatis comitiis* νόμος ο φρατριαιτικός, ce qui veut dire une loi *curiate*.

Les plébéiens furent donc obligés de créer un mode nouveau suivant lequel ils disposèrent à cause de mort. Il en fut de même quant au mariage et quant à l'adoption. Et pour le testament ainsi que pour ces derniers actes, ils eurent recours à de vieilles pratiques qui servaient chez les Italiotes à transférer, à créer des droits, et qu'on désignait d'une façon générale par ces mots : *per aes et libram agere, mancipare*. La *mancipatio* se faisait en présence de cinq témoins, citoyens romains, pubères, et d'un *libripens* ou porte-balances chargé de peser un morceau de bronze (*raudusculum*) représentant le prix de la chose cédée. Les deux parties prononçaient chacune une formule (*certa verba*) destinée à constater la cession ; puis l'acquéreur frappait la balance avec le bronze, et quand la pesée de métal avait eu lieu, l'opération était terminée (2). Ces formalités bien connues furent appliquées par fiction, *dicis gratia*, à la transmission d'un patrimoine par acte de dernière volonté ; ainsi prit naissance la *familiae mancipatio*. Il règne une grande obscurité sur beaucoup de questions qui se posent à propos de

1. Dion Cassius, XV, 3.

2. V. la description que Gaius fait de la mancipation à l'époque classique, I, 119.

cette opération. Gaius nous décrit amplement le testament *per æs et libram*, dans la forme où il fonctionnait de son temps, mais il laisse seulement entrevoir quelques traits de l'acte primitif (1). Aussi a-t-on émis des conjectures très variées en cette matière ; parmi les auteurs qui en ont parlé, on peut dire qu'il n'y en a pas deux absolument d'accord (2).

On a beaucoup discuté sur ce qui pouvait constituer l'objet de la *familiae mancipatio*, en dehors des *res mancipi*. Les uns veulent restreindre cet objet, les autres y voient une véritable universalité de biens. On a dit que le mot *familia* ne désignait que les *res mancipi*, les choses les plus importantes, et que tout le reste était compris dans l'expression *pecunia* (3) ; mais ce système restrictif qui a contre lui beaucoup de textes est peu soutenu. D'autres ont prétendu que la mancipation s'appliquait facultativement à certaines *res nec mancipi*, peut-être à toutes (4) ; mais faut-il aller jusqu'à admettre qu'elle s'étendait aux biens incorporels, et, en particulier à une universalité de biens, ce qui semble être le sens véritable de *familia*, à l'époque où nous nous plaçons ? (5). La

1. Gaius, II, 102, 103, 104.

2. V. Notamment Dernburg, Beiträge z. Gesch. des Test. p. 89. Lange. Röm. Altherth. I, p. 137. Rein. Das Privatr. und der Civilpro-
zes der Römer, p. 788, etc.

3. Kuntze. Excuse, p. 68 et suiv.

4. Voigt. Die XII Tafeln, II, p. 130. *Contrà* Puchta, Coursus der
Inst. II, p. 645 et suiv.

5. « *Familiam suam, id est patrimonium suum*, » dit Gaius à propos du testament *per æs et libram* primitif. Le sens de *familia* est déjà moins large qu'à l'époque où naquit le testament *calatis comitiis*. V. plus haut, p. 29.

question est très délicate. Des auteurs pensent que les dettes suivaient le patrimoine, considéré comme une personne, et n'étaient mises à la charge d'aucun successeur. Suivant M. Pernice (1), c'est la loi des XII Tables qui aurait permis à l'héritier de succéder aux créances et lui aurait imposé les dettes. Voilà quelques-unes des idées qui ont été émises.

Ensuite, on s'est demandé si le testament dans cette forme ne transférait pas aussitôt au successeur les droits dont disposait le testateur. Cette translation immédiate était bien la conséquence ordinaire de la mancipation. Mais on sait qu'il ne s'agit ici que d'une extension de cet acte, par fiction, pour accomplir une opération nouvelle. Aussi, l'on soutient en général que l'exécution des volontés du testateur était reculée jusqu'à sa mort au moyen d'un pacte adjoint, ou peut-être même d'une condition sous-entendue.

De toutes les questions soulevées au sujet de la *familiæ mancipatio*, il n'en n'est pas de plus intéressante que celle du caractère que présente le *familiæ emptor*. C'est aussi la question qui nous paraît le plus susceptible d'une solution certaine. Car nous avons ici, pour nous éclairer, un texte de Gaius « (*Testator*) amico familiam suam, dit le jurisconsulte, *id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dare vellet : ... familiæ emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id ei mandabat testator quid cuique post mortem suam dari vel-*

1. Pernice, Labeo, I, p. 324 et s.

let (1). » D'après ce texte, le *familiæ emptor* n'était pas à proprement parler un héritier, il est plus juste de dire qu'il en tenait lieu, *heredis locum obtinebat*. On est tenté de le comparer à un exécuteur testamentaire. Mais n'est-il pas possible de qualifier d'une façon plus précise les droits qu'il paraît avoir sur le patrimoine en vertu de la mancipation ? On trouve, dans la formule, du testament *per as et libram* de l'époque classique (2), un passage qui peut-être existait déjà dans la formule ancienne, et qui, si cette conjecture est exacte, va nous renseigner. Il y est dit que le *familiæ emptor* reçoit le patrimoine sous sa garde, *mandatela custodelaque*, et même, suivant une autre lecture du manuscrit de Gaius, sous sa tutelle, *tutela*. Le pouvoir du tuteur portait à Rome sur les biens plus encore que sur les personnes, surtout au temps des XII Tables. Tuteur des biens du défunt, le *familiæ emptor* poursuivait les débiteurs, payait les créanciers ; il exécutait les legs et charges de toute espèce, mais sans y être obligé civilement, car le testateur, pour l'obtenir, ne pouvait lui adresser qu'une prière, *rogabat quid cuique post mortem suam dare vellet*. On ne saurait prétendre qu'à moins d'une disposition spéciale il eût vraiment un droit de maître sur aucune partie de l'hérédité. Ajoutons qu'il n'héritait sûrement pas à l'origine des *sacra* et que, très probablement la charge des dettes ne lui incombait pas ; voilà tout ce qu'on peut affirmer. Ainsi se trouve éclairée la notion du *familiæ emptor*, très différente comme

1. Gaius, II, 102.

2. Gaius, II, 104.

Gaius le donna à entendre, de celle du véritable héritier, du continuateur de la personne (1).

Nous ne donnons ici qu'un léger aperçu des difficultés relatives à la *familiae mancipatio*, et des solutions qu'elles comportent. Quoi qu'il en soit, ce qui résulte des explications que nous avons présentées, ce qui ne fait doute pour personne, c'est que cette forme nouvelle de testament garantissait pleinement la liberté du testateur. Il y avait des solennités qu'on était tenu d'observer; mais ce n'était pas là, à vrai dire, une restriction à la liberté (2). Ceux qui pensent que le testament *calatis comitiis* n'était valable que moyennant l'approbation des curies, reconnaissent qu'aucun contrôle de ce genre ne fut exigé pour la perfection de la *familiae mancipatio*; telle est l'opinion que nous défendons.

L'institution de la *familiae mancipatio* marque une révolution complète dans l'exercice du droit de tester. Tandis que le testament *calatis comitiis* était un acte public et religieux, fait par les patriciens en présence des prêtres de la cité et de tous les citoyens, le testament nouveau, dont les plébéiens furent les inventeurs, fut sécularisé, n'appartint qu'au droit privé; en même temps apparut le principe de la liberté de tester. Ce principe s'imposait nécessairement aux plébéiens. Quel avantage leur aurait offert l'établissement d'un contrôle? La famille chez eux ne fut jamais unie par un lien aussi étroit que chez les

1. V. Greiff. De l'origine du testament romain, p. 122 et suiv. Vering. Röm. Erbr. p. 176 et suiv.

2. Cf. Vering. Rom. Erbr. p. 181 et suiv. Gans, Erbrecht, II, p. 89 et suiv. Ihering. Geist des röm. Rechts, I. p. 140 et suiv.

patriciens; s'il y eut des *gentes* plébéiennes, on ne voit pas qu'elles aient jamais pu vivre groupées, à l'origine de Rome encore moins que dans la suite, car alors, elles étaient soumises à un régime oppressif qui devait tendre à les désorganiser, à en disperser les membres. Il suit de là que la désignation d'un héritier n'avait évidemment pas un tel caractère d'importance que les autres familles trouvassent quelque intérêt à surveiller l'acte du testateur. Le plébéen, à ce point de vue particulier, était plus maître chez lui que le chef de la *gens*. D'autre part, on ne pouvait avoir encore l'idée d'établir des mesures de protection pour préserver les enfants de famille contre des libéralités excessives faites à des étrangers, contre des actes d'exhérédation injustes du père; car le pouvoir de ce dernier, comme nous l'avons montré plus haut, tendit à se constituer très fortement, et de telles mesures auraient paru à bon droit l'amoinrir; d'ailleurs, nous verrons que le besoin ne s'en fit pas sentir.

Nous rencontrons le même caractère de liberté dans la seconde forme de testament qui paraît avoir été pratiquée avant les XII Tables par les plébéiens. Il s'agit maintenant d'un testament accommodé à la vie militaire. Contrairement à ce que nous avons constaté en parlant de ce qui avait lieu en temps de paix, les plébéiens pour tester en temps de guerre, adoptèrent une institution du droit patricien, le testament *in procinctu*. Seulement, l'approbation des curies n'y fut plus requise; et elle ne pouvait plus l'être, nous allons le démontrer. Quand les plébéiens furent admis au service des armes, ils furent mêlés aux patriciens dans les rangs de l'armée dont l'organisation reposa

désormais sur la distribution des citoyens par classes et par centuries. (1) Comment les curies patriciennes, ainsi dispersées, auraient-elles pu émettre un vote, exprimer leur sentiment sur le choix d'un héritier ? De plus, pour beaucoup de motifs qui se présentent aussitôt à l'esprit, l'on ne pouvait pas davantage exiger l'approbation de toute l'armée. Le testament *in procinctu* des premiers temps était donc destiné à périr ou à se modifier gravement. Il prit la forme d'une simple déclaration devant témoins, et les auteurs anciens paraissent avoir gardé seulement le souvenir de cette forme nouvelle. Plutarque parle d'un testament *in procinctu*, qu'il place à l'époque de Coriolan, qu'il décrit de la façon suivante : « Les Romains, dit-il, avaient coutume, lorsqu'ils étaient rangés en ordre de bataille, la main au bouclier et la toge ceinte, de faire un testament oral et de nommer un héritier devant trois ou quatre témoins. » (2) Un passage de Festus semble indiquer également que les assistants n'étaient plus appelés qu'à servir de témoins : « Le testament *in procinctu* est ainsi nommé parce que le soldat sur le point de combattre désigne l'héritier en présence de ses compagnons d'armes. » (3) D'ailleurs certaines cérémonies religieuses subsistèrent ; on les accomplissait avant d'engager les hostilités, et elles paraissaient indispensables, Cicéron en témoigne, (4) pour légitimer les testaments qui avaient

1. Mommsen. Hist. rom., I, p. 121 et p. 125. Lange Röm. Alterthüm, I, p. 333, 342, 384, etc.

2. Plutarque, Coriolan. 9.

3. Festus, v^o *In procinctu*.

4. Cic. *De natura deorum*, II, 3 : « *Itaque maximæ reipublicæ partes in his bellis, quibus reipublicæ salus continetur, nullis auspiciis*

lieu pendant la guerre, sans aucun autre appareil. Le testament *in procinctu*, ainsi modifié, se conserva longtemps chez les Romains, jusqu'au temps de l'empire peut-être (1), où les Césars créèrent ce que les juriconsultes nomment proprement le testament militaire.

Nous avons exclusivement recherché jusqu'ici quel était le droit propre aux plébéiens. (2) Voyons maintenant si les anciennes institutions des patriciens en matière de droit testamentaire ne furent pas changées. La transformation de leur organisation sociale devait, semble-t-il, amener une évolution corrélative dans leur conception du droit de tester. Allaient-ils adopter les formes de testament mises au jour par la plèbe ; allaient-ils en créer d'autres pour eux seuls, et retarder sous ce rapport l'unification du droit ?

Le testament *per aes et libram* et le testament *in procinctu* modifié donnaient toute liberté au testateur ; cette règle, absolument contraire à leurs anciens usages ne pouvait maintenant exciter chez les patriciens d'autre répugnance que celle qui résultait de leur instinct conservateur. La *gens* une fois dissoute, l'intervention des curies dans la

administratur ; nulla perennia servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, in procinctu testamenta perierunt. »

1. César. *De bello gallico*, I, 39, Florus, III, 10, Quintilien, III, 8, citent encore des testaments *in procinctu* qu'ils placent à la fin de la république ou au commencement de l'empire, mais il n'est pas sûr qu'il ne s'agisse pas simplement de testaments faits par des soldats ou de testaments *jure militari*. Cicéron, *de orat.*, I, 53, et V. Patere., II, 5, nous paraissent garantir plus sûrement l'existence du testament *in procinctu* à la fin de la République.

2. Cf. sur le rôle des plébéiens dans la formation du droit testamentaire. Kuntze, *Excursus*, p. 541. Vering, *Röm. Erbr.* p. 167.

confection du testament ne présentait plus le même intérêt que par le passé. L'héritier désigné par le père de famille n'aurait plus comme autrefois des pouvoirs tels que les autres citoyens dussent en sentir l'effet ; il n'irait plus siéger dans le Sénat, il ne prendrait plus une part nécessaire au gouvernement de la cité. Qu'importait donc aux familles la manière dont le père réglerait son héritage ? L'inaliénabilité des biens n'était plus absolue, le père étant désormais regardé comme seul propriétaire du patrimoine familial ; il n'y avait donc plus lieu à ce point de vue encore, de surveiller les actes du chef de famille qui pouvait imprudemment compromettre les intérêts confiés à sa garde. Quant à donner aux enfants, pour réduire des legs exagérés de leur père, un droit tel que celui qu'ils auront plus tard par l'institution d'une légitime, on était encore loin d'y songer ; nous ne pouvons ici répéter que ce que nous disions tout à l'heure à propos des plébéiens : l'autorité paternelle était trop puissante. Tout concourait donc à faire adopter aux patriciens le principe nouveau de la liberté testamentaire.

Considérez en outre que des deux anciennes formes de testament, auxquelles était attaché le principe contraire, l'une était devenue impossible à pratiquer par suite de la transformation qu'avait subie l'armée ; pour l'autre, le testament *calatis comitiis*, qui ne s'accomplissait que deux fois l'an, on dut en sentir vite l'insuffisance, dès que le nombre des testateurs s'accrut par l'effet de la désagrégation des *gentes*. Gaius nous semble l'indiquer dans le passage suivant de ses *Institutes* : « *Qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita*

morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat. (1) » Ainsi, le patricien, pris au dépourvu, n'avait d'autre moyen de régler sa succession que de recourir au mode plébéen de la *familiae mancipatio* : il chargeait un de ses amis, comme *familiae emptor*, d'exécuter ses dernières volontés. Gaius paraît même croire que cette insuffisance des autres modes de tester fut la principale cause pour laquelle fut créée la *familiae mancipatio*. C'est là mettre de côté tout ce qui regarde l'origine plébéienne du testament nouveau ; nous repoussons ce que cette doctrine a d'excessif. Mais il ne nous paraît pas invraisemblable que ce testament soit entré très rapidement dans les mœurs des patriciens, et que ceux-ci aient de la sorte contribué à en établir pour longtemps l'usage, à en fixer les règles ; dans cette mesure Gaius a raison. — Bref, les patriciens ne pouvaient plus s'en tenir aux anciens modes suivant lequel ils testaient jusque là. Trouvant dans la *familiae mancipatio* des formes commodes et un principe de liberté qui leur convenait, obligés en quelque sorte de subir les modifications du testament *in procinctu* qui d'ailleurs garantissaient le même principe, ils adoptèrent et le testament *in procinctu* transformé et la *familiae mancipatio* : et les formes nouvelles du testament, en même temps que la règle de la liberté de tester qui en résultait, furent ainsi communes aux deux ordres qui composaient l'État romain.

Est-ce à dire qu'il ne subsista rien du passé ? A la différence du testament *in procinctu*, rien ne s'opposait ab-

1. Gaius II, 102.

solument à ce que le testament *calatis comitiis* fût conservé ; et, de fait, nous croyons qu'il survécut pendant un assez long temps. La *familie mancipatio* offrait des imperfections. Elle ne créait pas un véritable héritier, chargé des *sacra* et tenu de payer les dettes au delà de l'actif de la succession. En conséquence, le testateur qui n'avait pas d'enfants et qui ne s'était pas créé une postérité fictive par adoption, ne pouvait par ce testament assurer le culte de ses ancêtres ; sa race s'éteignait définitivement, il ne revivait pas dans un successeur, continuateur de sa personne. Sans doute il lui était permis par un pacte d'obtenir du *familie emptor* la promesse de payer ses dettes et de se charger de ses *sacra* ; mais rien n'en garantissait l'accomplissement que la bonne foi du promettant. Il vint un jour où les Pontifes déclarèrent que celui qui recueillerait le patrimoine, *pecunia*, aurait aussi la charge des *sacra*.

Cicéron le dit en deux endroits dans son traité des Lois, au premier livre d'abord : « *Videtis igitur omnia pendere ab uno illo quod Pontifices pecuniam sacris conjungi volunt.* (1) » Puis au livre deuxième : « *Nam sacra cum pecunia Pontificum auctoritate, nulla lege, conjuncta sunt.* (2) » Il est probable que le *familie emptor*, quand il fut ainsi tenu devant la loi de l'obligation aux *sacra*, devint vite sous tous les autres rapports semblable à l'héritier institué par le testament *calatis comitiis* ; on put par une action le forcer à acquitter les legs, et à payer les dettes *ultra vires*. Ces questions, il est vrai ; sont fort obscures (3). Les textes

1. Cic. *de Legibus*, II, 22.

2. Cic. *ibid.*, III, 21.

3. V. Cuq. *Rev. hist. du droit*, X, p. 549 et suiv.

de Cicéron que nous avons n'en disent pas long sur cette transformation de la *familie mancipatio*, qui perdit ainsi peu à peu le caractère d'un contrat pour se rapprocher davantage de ce que nous entendons aujourd'hui par testament ; c'était un acheminement vers la forme définitive du testament *per æs et libram* qui fut en vigueur au temps de l'Empire et que les juriconsultes nous font bien connaître. A quelle époque eut lieu la réforme des Pontifes? Cicéron, en l'attribuant principalement à Tib. Coruncanus, la place au cinquième siècle de Rome. Quoiqu'il en soit, dès ce moment, le testament *calatis comitiis* perdit ses avantages, et dut tomber en désuétude. Ce qui lui conserva peut être encore quelque vie, c'est que, suivant une conjecture assez vraisemblable, il servait, sous la République, à réaliser une sorte d'adoption dont on trouve de rares exemples chez les écrivains de l'âge classique, l'adoption par testament. Il est certain qu'Octave, après la mort de César, fit consacrer le testament de ce dernier, qui l'adoptait et l'instituait, par un vote des curies (1). Le fait est présenté par les historiens comme insolite. Mais s'il était devenu insolite à la fin de la République, il n'en avait probablement pas été toujours de même ; nous sommes portés à croire qu'Octave ne faisait que recourir à une vieille coutume, pour légitimer ses droits ; on comprendrait moins bien, sans cela, que les curies lui eussent rendu un tel service. A ces premières raisons, pour expliquer la survivance du testament *calatis comitiis*, on peut

1. Suétone. César, 83. V. Gans, Erbrecht, II, p. 150 et suiv. Bachofen, Ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts, VIII. Über die testam. Adoption.

en joindre une dernière ; c'est l'attachement que les patriciens devaient éprouver pour une de leurs plus vieilles institutions, qui leur était restée particulière, qui les distinguait de la plèbe méprisée. On imagine aisément qu'à leurs yeux le testament accompli au sein des comices par curies était un acte plus noble et plus respecté que la *familiae mancipatio* ; et, lorsqu'il était possible d'y recourir, nul doute que ce mode ne fût l'objet de leur préférence.

Le testament *calatis comitiis* fut donc maintenu ; mais le rôle des curies fut-il toujours le même qu'à l'époque primitive ? La nécessité de leur assentiment manifesté par un vote continua-t-elle à donner aux dispositions suprêmes du père de famille le caractère d'une loi ? Il ne faut pas chercher de renseignements sur cette importante question dans les ouvrages des auteurs anciens et ici encore nous sommes réduits aux conjectures. Parmi les modernes (1), il en est plusieurs qui estiment que le rôle des curies consista dans une approbation de pure forme, que par là le testament *calatis comitiis* se rapprocha de la *familiae mancipatio* et s'accommoda aux mœurs nouvelles. Nous nous rallions à cette opinion ; et, ce qui nous y détermine, c'est que nous voyons qu'une autre institution, l'adrogation, qui se faisait également dans les comices par curies, accomplit une évolution analogue. Il est avéré que les curies n'intervinrent longtemps que pour la forme, par égard pour la tradition, dans la cérémonie à laquelle

1. Cuq. Rev. hist. du droit, X, p. 535. Mommsen, Röm. Staatsr. II, 36-38. Lange, Röm. Alterth., I, p. 178, 3^e édition. Sumner Maine. L'ancien droit, p. 192. Accarias, Précis de dr. rom. I, 848, 3^e éd.

donnait lieu l'adrogation, si bien qu'au temps de Cicéron, on les remplaça par un certain nombre de lieuteurs. De même, il arriva sans doute que les patriciens prêtèrent leur assistance au testateur dans les comices, mais qu'ils ne mirent plus jamais obstacle à ses volontés; et le testament *calatis comitiis* devint ainsi un testament libre, comme la *familie mancipatio* et le testament *in procinctu* dans sa seconde forme. Cette conjecture a l'avantage d'expliquer une certaine confusion qui règne, comme on l'a vu, dans les documents historiques où il est parlé de ce testament, les uns lui attribuant, les autres lui déniaient le caractère d'une loi.

On peut maintenant comprendre le fameux principe de liberté que la loi des XII Tables proclame et que dans cette étude nous avons tâché avant tout d'éclairer. A ce moment, quelque forme de testament que l'on envisage, on y voit ce principe respecté et garanti; nous l'avons montré et nous avons expliqué pourquoi. Il ne suffit pas pour en rendre compte de dire que c'est là un trait du caractère romain (1). D'abord, cette liberté n'a pas existé dès l'origine, et l'esprit public s'est donc modifié à cet égard; puis, il faut indiquer pourquoi, à une certaine heure de son développement, le peuple romain fut disposé à accepter cette idée et à en faire une règle de droit. C'est par un long enchaînement de causes, nous avons tenté de le faire voir, que les patriciens et les plébéiens, voulant faire un code de lois communes, ont été conduits à s'en-

1. Vering, Röm. Erbr. p. 167. Lassalle, Das System der erworbenen Rechte, II, p. 331.

tendre pour poser cette règle dont nous donnons la formule d'après Ulpien : « *Uti legassit super pecunia tutelave rei suæ, ita jus esto.* »

On a dit en invoquant les termes de la règle ainsi formulée que la loi des XII Tables ne permettait au testateur de disposer librement que d'une part peu considérable de sa fortune, ce qui aurait diminué beaucoup l'étendue de son pouvoir. La controverse a porté principalement sur le sens du mot *pecunia*, qu'on déclare différent de celui de *familia*, patrimoine. Suivant M. Kuntze, *pecunia* ne se rapporte qu'aux *res nec mancipi*, c'est-à-dire aux biens les moins importants, et le testateur, en dehors du droit qu'il a de désigner des tuteurs, ne peut que faire des legs, *legare super pecunia*. M. Cuq, qui d'ailleurs est d'accord avec M. Kuntze pour restreindre la portée de la maxime des XII Tables, entend d'une autre façon le mot *pecunia* ; pour lui, c'est la partie du patrimoine qui est en dehors des biens *gentilices*. Il fait remarquer que les décenvirs emploient *pecunia* quand ils veulent indiquer la limite des pouvoirs du tuteur ou du curateur, et qu'en parlant de la vocation des agnats ou des *gentiles*, ils disent : *Familiam habeto*.

Nous renverserions cette argumentation en substituant au texte que nous avons donné une autre formule, tirée de Cicéron, et où il est question de *familia*. Mais peut être M. Cuq a-t-il raison d'affirmer que le témoignage de Cicéron ne saurait prévaloir sur celui de plusieurs jurisconsultes chez lesquels ce mot n'est pas mentionné. (1) Quoi

1. Voici différentes formules que nous avons relevées. Pomponius, I, 120 de V. S. *Uti legassit suæ rei ita jus esto*, Les termes

qu'il en soit, il demeure prouvé que Cicéron croyait que le testateur en vertu de la loi des XII Tables disposait pleinement de tout son patrimoine, et il serait étrange qu'il eût ignoré à ce point une des règles les plus importantes du vieux droit romain qu'il se piquait de connaître ; il a pu rapporter avec négligence le texte dont nous cherchons la formule exacte plutôt que se tromper sur le sens de la loi des XII Tables. On rencontre d'ailleurs la même pensée chez plus d'un jurisconsulte. « *Sed olim quidem licebat, dit Gaius, totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quidquam heredi relinquere præterquam inane nomen heredis ; id que lex XII Tabularum permittere videbatur qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: « Uti legassit suæ rei, ita jus esto (1) » Pomponius dit de même : « Verbis legis XII Tabularum his : Uti legassit suæ rei, ita jus esto, latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelæ quoque constituendi. » (2) Ainsi ces jurisconsultes ne citent pas le mot *familia* ; et cependant à leurs yeux il est hors de doute que le testateur peut en vertu du code décemviral disposer en maître de tous ses biens.*

sont les mêmes dans Gaius, II, 224. Cicéron, de Invent. II, 50 et Auctor ad Herenn. I, 13, dit : *Paterfamilias uti super familia pecuniæ suæ legaverit, ita jus esto*. Ulp., XI, 14 : *Uti legassit super pecuniæ tutelæ rei suæ ita jus esto*. Cf. Paul. de V. S. 50, 16, 53. En somme il est difficile de dire exactement de quelle manière les décemvirs avaient formulé le principe qu'ils établissaient. Le texte d'Ulpien est le plus souvent adopté par les auteurs modernes. Cf. Ihering. Geist. des röm. Rechts, I, p. 191.

1. Gaius, II, 224.

2. Pomponius, I, 120 de V. S.

Au reste, même si l'on tient pour certaine la formule d'Ulpien : « *Uti legassit super pecunia tutelavè suæ rei, ita jus esto* », rien ne prouve qu'elle ne permette pas au testateur de disposer à son gré de tous ses biens sans exception. M. Cuq reconnaît que *pecunia* a désigné plus tard l'ensemble du patrimoine ; mais il ne veut pas que le mot ait eu ce sens large dès la loi des XII tables. Il est difficile de suivre les variations d'une langue à une époque aussi ancienne. Si le mot *familia* est employé ailleurs par les décemvirs, il ne s'en suit pas nécessairement que *pecunia* n'ait pu être considéré comme synonyme et employé dans le même sens. Le législateur dirait aujourd'hui indifféremment : biens, fortune, patrimoine. Enfin les XII Tables contenaient certainement ces mots : *tutela suæ rei*, et la *res* du testateur, personne ne saurait le contester, c'est toute sa fortune.

M. Cuq invoque un autre argument : « Comment, dit-il, admettre que le testateur ait pu disposer librement de son culte ? Un patricien aurait-il pu choisir pour héritier un plébéien ? Entre patricien et plébéien, il y avait au temps des décemvirs une barrière infranchissable quant aux *sacra*. » Pour répondre à M. Cuq, il nous faudrait établir comment la transmission des biens avait lieu en fait ; c'est un point que nous développerons plus loin. Disons seulement pour l'instant que si l'on croyait pouvoir attribuer au père de famille des droits très étendus, c'est qu'on était sûr qu'il n'en abuserait pas. Les mœurs permettaient que l'action de la loi fut aussi restreinte que possible dans le domaine de la famille. En particulier, pour s'en tenir comme M. Cuq, à la dévolution des *sacra*,

il est bien sûr que le patricien ne devait jamais les transmettre à un plébéien. Quand même il l'eût souhaité, comme cette transmission ne pouvait avoir lieu par la *familie mancipatio*, mais seulement par le testament *calatis comitiis*, il est clair qu'un tel acte eût soulevé un sentiment général de réprobation, et sans doute les curies auraient ressaisi leur droit de contrôle pour s'y opposer.

Le système de M. Kuntze et de M. Cucq entraîne une conséquence telle qu'il perd toute vraisemblance ; et c'est là ce qui pour nous le condamne sans appel. Ces deux auteurs reconnaissent que la *familie mancipatio*, le nom le prouve, s'applique à tout le patrimoine, et comme, suivant eux, la loi des XII Tables ne veut pas que le testament porte sur le patrimoine entier, ils sont obligés de prétendre que la *familie mancipatio* ne fut créée qu'à une époque postérieure. Quelle est cette époque ? M. Cucq paraît indiquer la fin du cinquième siècle de Rome, et M. Kuntze, lorsqu'il dit que la *familie mancipatio* fut instituée par les pontifes en même temps qu'ils posèrent la règle : *sacra cum pecunia*, émet un avis à peu près semblable. Mais alors on doit se demander comment les plébéiens, qui depuis longtemps jouissaient du droit de propriété, pouvaient régler leur succession ? Il faut admettre qu'ils n'avaient d'autre mode de testament que le testament *in procinctu*, ce qui est incroyable : ou bien il faut dire qu'il leur a été permis de tester dans la forme *calatis comitiis*, et que cet usage a longtemps persisté. Mais nous avons montré que cette doctrine rencontre des objections à nos yeux décisives. (1)

1. M. Kuntze a exposé son système, dans son ouvrage intitulé :
5

Si l'on n'est pas d'accord sur la véritable origine de la liberté de tester, sur la date où elle prit naissance, il y a au moins presque unanimité (1) pour affirmer que ce principe fut reconnu pendant un certain temps par la loi romaine, jusqu'au jour où l'on s'efforça de la tempérer par plusieurs mesures restrictives, dont nous aurons à nous occuper. Le besoin même de pareilles mesures prouve bien que le testateur était absolument libre, qu'il lui était permis devant la loi d'abuser de ses droits.

Il est intéressant de comparer, au point de vue qui nous occupe, la loi des décemvirs avec celle de Solon. Le législateur grec tempère beaucoup la liberté du testateur : « *Qu'il dispose*, dit-il, *selon sa volonté, à moins qu'il n'ait des enfants.* » Ce tempérament existait-il dans les XII Tables ? Nous ne le pensons pas. Il serait trop surprenant qu'aucun des jurisconsultes n'en eût parlé, et même que deux d'entre eux, Gaius et Pomponius, ainsi qu'on l'a vu, considérassent les droits du père de famille en matière de testament comme illimités. Les décemvirs ont pu connaître la législation athénienne ; mais ils se sont surtout inspirés de la coutume romaine, et de la règle établie par Solon, ils n'ont retenu que la première partie : « *Qu'il dispose selon sa volonté.* » Ne pas donner tout pouvoir au testateur, même s'il y a des enfants vivants, c'eût été faire échec à l'autorité paternelle ; or cette autorité

Institutionen und Geschichte des römischen Rechts. Excurse, p. 159 et suiv. On trouvera celui de M. Cuq dans la Revue historique du droit, X, p. 540 et suiv.

1. Quelques jurisconsultes allemands, Höpfner, Hofacker, Winkler, ont seuls essayé de prouver que la liberté testamentaire n'avait pas existé à Rome.

était déjà assez affaiblie chez les Athéniens lorsque Solon rédigea pour eux un code, mais elle était encore excessivement forte chez les Romains au temps des XII Tables. Au reste, si les décemvirs jugeaient inutile d'ajouter ces mots : *à moins qu'il n'ait des enfants*, c'est peut-être que ce tempérament était dans les mœurs. (1)

Si nous nous demandons en effet de quelle manière les Romains réglaient en fait leur succession pendant la période qui va des XII Tables à l'institution de la *querela* et des autres restrictions à liberté de tester, tout nous porte à croire qu'ils n'abusaient pas des grands pouvoirs qui leur étaient conférés. C'était un principe alors qu'il fallait conserver les biens dans les familles, l'organisation de la tutelle et de la curatelle le prouve ; (2) et ce principe, appuyé sur la tradition, devait s'imposer à tous. Il n'était pas à craindre qu'un père de famille dépouillât ses enfants au profit d'un étranger ; ce n'eût pas été le moyen d'assurer la perpétuité et la grandeur de sa race, et les Romains songeaient à l'avenir. Platon fait ainsi parler un père de famille : « O Dieux, n'est-il pas bien dur que je ne puisse disposer de mon bien en faveur de qui il me plaît, en laisser plus à celui-ci, moins à celui-là, selon le plus ou moins d'attachement qu'ils m'ont témoigné dans le cours de ma vie ? » Platon lui répond : « Toi qui ne peux te promettre plus d'un jour, toi qui ne fais que passer ici bas, est-ce bien à toi de décider de telles affaires ? Tu n'es pas le maître ni de tes biens, ni de toi même ; toi et tes biens, tout cela appartient à ta famille,

1. Cf. Fustel de Coulanges. *La Cité antique*, 7^e édit. p. 88.

2. V. Gérardin. *Rev. hist. du dr.*, XII, p. 2 et suiv.

c'est-à-dire à tes ancêtres et à ta postérité. » (1) Cette réponse, nous croyons que chaque père de famille à Rome se la faisait à lui-même, lorsqu'il éprouvait le désir d'attribuer ses biens en tout ou partie à d'autres qu'à ses descendants. Les mêmes idées, en particulier sur le droit de succession, étaient répandues chez les Romains et chez les Athéniens, issus d'une souche commune.

Ainsi, il y a de bonnes raisons pour supposer que le testateur attribuait en règle générale ses biens à ses descendants. Cette conjecture nous donne l'explication d'une particularité assez bizarre que nous avons remarqué dans le testament mancipatif. On n'a pas oublié que le *familie emptor* ressemblait plutôt à un exécuteur testamentaire qu'à un héritier, que, selon toute apparence, il ne devait pas avoir lui-même le bénéfice de la succession. C'est que le testateur avait toujours l'intention de faire de ses descendants les vrais héritiers de sa fortune ; et, comme la *mancipatio* était interdite entre personnes de même famille, il n'avait d'autre ressource pour arriver à ses fins que de s'adresser aux bons offices d'un tiers. On le voit clairement par ce passage de Gaius : « *Amico familiam suam mancipio dabat.....* » Le *familie emptor* rendait un service d'ami, il retransférait le patrimoine du testateur à sa famille ; tel était son rôle dans les premiers temps.

Allons plus loin ; non seulement les enfants pouvaient compter sur une part de l'héritage paternel, mais encore les parts étaient communément égales. Tout au moins n'y avait-il rien de pareil à un préciput d'aînesse. Ce droit

1. Platon. Les lois XI.

privilégié dont nous avons nié l'existence à l'époque où les membres des *gentes* vivaient unis, nous ne le retrouvons pas davantage dans la famille transformée que nous étudions maintenant. Il en est ainsi toujours chez les peuples issus de pasteurs : toujours l'égalité qui régnait au sein d'un même groupe familial dans la vie pastorale, tend à se conserver ; vienne l'heure du partage, chacun prend une portion équivalente du bien commun. Les pères de famille à Rome ne pouvaient pas en principe songer à établir un usage différent, avantager un de leurs enfants d'une façon constante. Nous en avons pour preuve l'observation comparée. (1)

Il ne faudrait pas croire, d'ailleurs, que le testateur, tout en suivant cette règle d'égalité n'eut pas le droit de récompenser l'un et de punir l'autre. Le testament est fréquemment appelé dans les textes « *ultimum judicium* (2), *judicium supremum* (3) ». Lorsqu'un de ses enfants avait démerité, il est probable que le père n'hésitait pas à l'exhérer, et que cette décision semblait parfaitement légitime ; car, alors qu'on lui accordait sur les siens le droit de vie ou de mort, on ne pouvait vraiment s'opposer à ce qu'il les privât même en totalité de sa succession. Les dispositions qu'il prenait au moment de sa mort avaient un caractère de gravité plus grand qu'aucun acte accompli durant son existence passée, et ce n'est pas à cette heure solennelle qu'il convenait de limiter son autorité (4).

1. V. La Science sociale, III, p. 269.

2. L. 19. Dig. V, 2.

3. L. 20, § 3, Dig. X, 2.

4. Paul, *ad lib.* II. *ad Sabin* : *Nec obstat, quod licet eos exheredare quos et occidere licebat.*

Par son testament, il devait encore adresser à ses héritiers des recommandations de toute espèce sur la conduite qu'ils avaient à tenir en diverses circonstances, dans la vie privée ou publique. Il était possible qu'il leur assignât des parts dans sa succession, d'après leurs aptitudes variées. Le testament *per æs et libram* lui en donnait le moyen (1). Mais nous pensons plus volontiers qu'il les invitait d'ordinaire à rester unis sur le domaine familial. Le désir du partage se rencontrait sans doute chez les jeunes gens plutôt que chez les vieillards ; il était contraire à la tradition, et il est à présumer que le testateur, arrivé au déclin de l'âge, songeait surtout à assurer le respect des vieux usages. Ainsi se maintenait cette coutume du *consortium* que nous avons décrite. Le père de famille interdisait même à ses héritiers d'aliéner le bien patrimonial ; c'était un souvenir de l'inaliénabilité d'autrefois. Une inscription qu'on a découverte sur un tombeau en témoigne. Il y est dit que l'auteur de l'aliénation et même l'acquéreur seront frappés de peines : « *Etsi cui donatum vel venditum fuerit eadem pœna tenebitur... ; dare damnas esto ærario populi romani... emptor et venditor* (2) ». Ainsi, dans cette inscription, le père apparaît comme investi non seulement d'une magistrature domestique, mais d'une magistrature publique au nom de laquelle il édicte des peines à la fois contre les siens et contre d'autres, certain que l'Etat veillera à l'exécution de ses commandements.

1. V. Greiff. De l'origine du testament romain, p. 178. Voigt. Die zwölf Tafeln, I. p. 239.

2. Gutherius. *De jure manium*, p. 415. — Le même auteur cite encore une autre inscription analogue.

Que pouvait encore contenir le testament ? Des legs, des affranchissements. Le père lorsqu'il réglait pour la dernière fois ses affaires, ne pouvait manquer de payer les dettes que la justice et la reconnaissance lui imposaient. Mais ses libéralités ne s'étendaient pas plus loin ; il ne se proposait pas de frustrer ses héritiers et de tromper leurs espérances. Enfin, le testament servait souvent à nommer un tuteur pour les enfants mineurs, à permettre à la femme de s'en choisir un, ou à le lui désigner ; nul mieux que le père n'avait qualité pour savoir qui serait apte à gérer les intérêts de ceux qui lui étaient chers.

On voit, sans que nous ayons à insister davantage, qu'il était très utile à un Romain de faire connaître ses volontés suprêmes, que la coutume, qui l'obligeait à partager également ses biens entre ses enfants, n'avait pas tout réglé dans sa succession. Le testament n'avait pas pour but principal d'instituer un ou plusieurs héritiers ; la nécessité de l'institution, que proclament les jurisconsultes, s'explique par d'autres motifs que nous approfondirons plus tard ; les héritiers étaient comme désignés par avance, puisque c'étaient les enfants de famille, et le testateur, en les instituant, ne faisait que confirmer l'usage. Aucun des textes où le testament est défini ne parle de l'institution d'héritier (1) ; c'est donc que le testament avait un objet différent, une autre utilité pratique. Et cet

1. Modestin, L. 5 Dig. XXXVIII, 1 : *Voluntatis nostræ justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*. Ulpien, R. t. XX, § 1 : *Mentis nostræ justa contestatio in id solemniter facta ut post mortem nostram valeat*. Gaius II. 102 : *Mandabat testator quid cuique post mortem suam dare vellet*.

objet que nous avons examiné en détail paraissait assez important pour qu'aucun père de famille ne négligeât de tester (1).

En résumé, si nos conjectures sont exactes (2), la liberté existait beaucoup moins en fait qu'en droit. La loi l'avait admise pour se conformer à la tendance des mœurs qui repoussait toute limitation de l'autorité paternelle, mais la coutume la restreignait dans une mesure considérable; et la coutume n'était pas moins forte, moins respectée que la loi. Voilà peut-être ce que veulent indiquer Gaius et Pomponius quand ils disent non pas que les XII Tables attribuaient les droits les plus étendus au testateur, mais seulement qu'elles *paraissaient* les lui attribuer. Les pères de famille conservèrent longtemps ces droits; puis la nécessité d'instituer ou d'exhérer les héritiers siens fut établie, des plébiscites limitèrent le pouvoir de léguer, la *querela* enfin fut organisée; avec ces institutions, s'ouvre une période nouvelle dans l'histoire du droit de tester.

1. Nous n'avons pas ici à mettre en lumière l'importance bien connue du testament aux yeux des romains (v. là dessus, Lassalle, *System der erwobenen Rechte*, t. II) ni à en rechercher les causes diverses.

2. Les historiens ne rapportent par malheur que bien rarement les dispositions contenues dans des testaments particuliers, et ils n'en donnent d'ordinaire que des fragments. Voici d'après Suétone (Vie de Tibère, L. XXVI) le testament de Tibère : « Il instituait ses petits fils Gaius et Tibère ses héritiers par moitié et les substituait l'un à l'autre. Il faisait plusieurs legs aux vestales, aux soldats, à chaque citoyen, et aux principaux de chaque quartier. »

CHAPITRE III

DES RESTRICTIONS APPORTÉES VERS LA FIN DE LA RÉPUBLIQUE A LA LIBERTÉ DE TESTER

I

L'organisation sociale qui résulta de la révolution arrivée un peu avant la loi des XII Tables, dura pendant deux siècles environ. Au troisième siècle avant notre ère, la richesse pénétra dans Rome, et dès lors les mœurs commencèrent à se transformer. C'est par la guerre que les Romains semblent être arrivés à l'opulence. En 293, un consul rapporte de la guerre du Samnium une quantité énorme de livres d'argent et des armes magnifiques. Puis la conquête de l'Étrurie et surtout celle de la Grande-Grèce et de Carthage, furent une source abondante de richesses, autant par le butin que l'on enleva que par les tributs que l'on imposa aux vaincus. Les métaux affluèrent à Rome ; le commerce et la spéculation se développèrent promptement. Ces hommes qui, jusque-là, ne connaissaient guère d'autre métier que l'agriculture, s'adonnèrent aux affaires financières, convoitèrent des gains rapides. Caton, quelque attaché qu'il

fût aux anciennes mœurs, prêtait à usure. Lorsque la Grèce et l'Asie tombèrent entre leurs mains, les Romains trouvèrent un aliment nouveau à leur avidité ; et dès lors, la capitale du monde en devint le grand marché financier. Les fluctuations qu'amène une spéculation effrénée s'y firent sentir. On peut le constater par la lecture du *pro Manilia* de Cicéron. De plus en plus le rang, les honneurs furent déterminés par la richesse et Sénèque dira bientôt avec raison : « Le cens élève un citoyen romain à la dignité de sénateur. Le cens distingue le chevalier romain de la plèbe. Le cens règle dans le camp les promotions. » Telle était la voie nouvelle où Rome s'engageait au troisième siècle avant Jésus-Christ (1). En se développant, le commerce et la richesse qu'il produit ébranlent les vieilles traditions. En particulier, une société où ce genre de travail devient prépondérant, ne saurait conserver perpétuellement le type patriarcal de la famille, ou un type dérivé de celui-là, comme était la famille romaine au moment de la République.

Le commerce, en effet, favorise l'initiative, il demande une intelligence plus grande, plus active, plus affinée surtout que l'agriculture ; il suit de là que ceux qui s'y livrent sont portés à ne point souffrir d'entraves et à réclamer pour eux-mêmes le profit de leurs entreprises. La conséquence directe qui résulte de ces tendances,

1. V. les ouvrages de M. Belot : Histoire des chevaliers romains ; De la révolution économique et monétaire qui eut lieu à Rome au milieu du III^e siècle avant l'ère chrétienne. V. aussi l'étude que leur a consacrée M. Geffroy, dans la Revue des deux mondes du 1^{er} juin 1888, et Mommsen, Hist. rom. L. III, ch. XII.

c'est que l'autorité paternelle décroît et que les fils de famille acquièrent plus de liberté. Voilà bien ce qui paraît s'être produit à Rome ; à partir du troisième siècle, on voit le lien étroit qui unit la famille romaine se relâcher peu à peu. D'autre part, l'excès de richesse amène la corruption ; et, par suite, les pères, qui appellent à leur secours la tradition pour sauvegarder leur autorité, manquent eux-mêmes à leurs devoirs traditionnels. Pour nous en tenir à la matière que nous étudions, disons seulement qu'ils en viennent à ne plus attribuer exclusivement leurs biens à leurs descendants, à leurs héritiers naturels. Ce qui prouve que, sans retard, cette corruption des mœurs se manifesta chez les Romains, c'est que, dès l'année 250 avant l'ère chrétienne, un lourd impôt était établi sous le nom de *vicesmia hereditatis* pour le cas où une hérédité ne serait pas transmise au plus proche successible.

Rappelons maintenant ce que nous avons dit au précédent chapitre : la liberté testamentaire avait été admise pour deux motifs principaux, d'abord parce que la puissance du père paraissait trop forte pour qu'on donnât contre lui des armes aux membres de la famille, puis parce que l'état des mœurs garantissait qu'il n'en ferait pas abus. Depuis que la richesse s'est introduite dans Rome, ce double fondement disparaît peu à peu ; et alors il semble légitime d'apporter à la liberté, désormais dangereuse et injustifiable, de sages limitations.

Il faut remarquer en outre que l'exemple de la Grèce poussa peut-être les Romains à modifier la règle ancienne. *Græcia capta ferum victorem cepit*, dit Horace. Cela

est très vrai si l'on se place au point de vue de l'art, de la philosophie ; cette conquête pacifique, au contraire, n'eut pas le même succès dans le domaine de la législation, des sciences historiques, de tout ce qui, en un mot, touche à la politique, où les Romains gardèrent toujours une profonde originalité. Toutefois, rien n'empêche de croire que, découvrant dans les lois du vaincu certaines dispositions qui leurs convenaient, ils aient plus facilement oublié les scrupules qui les attachaient à des usages surannés ; c'est ce qui paraît avoir eu lieu à l'égard de la liberté de tester qui était restreinte, nous l'avons vu, dans les célèbres lois de Solon.

Ajoutez à ces premières considérations que vers le troisième siècle, la transformation du testament *per æs et libram* supprima pour la famille une garantie assez sérieuse. Jusque-là, le testateur émettait ses volontés publiquement, en présence de plusieurs témoins ; la crainte du scandale devait l'empêcher de deshériter injustement les siens ; bien plus, si tel était son dessein, peut être n'aurait-il pas trouvé de témoins pour l'assister (1). Avec le commerce, l'usage de l'écriture se répandit à Rome ; cela détermina un changement considérable dans les règles de forme et de fond du testament. Le testament devint secret ; il consista dans un écrit remis par le testateur au *familiæ emptor*, qui n'était plus le véritable institué, qui intervenait seulement pour que la tradition fût respectée. Les cinq témoins subsistèrent ; mais comme ils ignoraient le contenu de l'écrit, le testateur

1. V. Koppen. System des heut. römischen Erbrechts, p. 93 et suiv.

ne trouva plus dans leur présence un obstacle à l'exécution de ses projets les plus blâmables.

II

Pour toutes les raisons qui viennent d'être exposées, il arriva que l'on crut nécessaire de limiter l'excessive liberté qu'avaient établie les XII Tables. Le premier moyen auquel on eut recours était emprunté aux principes du vieux droit. Nous avons dit plus haut que, bien qu'on reconnût au père un droit de disposition sur les biens héréditaires, les membres de la famille étaient cependant considérés tous comme copropriétaires de ces mêmes biens. La jurisprudence rappela donc ce principe ; elle dit que toutes les personnes soumises à la puissance du père ayant un droit véritable, elles ne pouvaient en être frustrées par lui à la légère ; et, elle exigea qu'à l'avenir le testateur instituât les *sui*, les *domestici heredes*, comme on disait, ou déclarât formellement qu'il voulait les exhériter. Par ce moyen, sans affaiblir l'autorité du père, on appelait son attention sur la gravité de l'acte qu'il accomplissait en écartant de sa succession ses héritiers naturels ; on permettait à ces derniers, par une mesure de faveur, de recouvrer leurs droits quand il n'était pas absolument manifeste que le testateur avait voulu les en priver. Voilà comment nous concevons les origines de l'exhérédation. Mais il s'en faut de beaucoup que tous les auteurs soient d'accord à ce

sujet. Chaque point est discuté ; il y a des systèmes variés sur l'époque, sur le fondement de l'exhérédation, sur la question de savoir quelle autorité législative élaborera cette théorie. Nous ne saurions nous dispenser d'examiner une à une ces différentes questions.

Et d'abord, la nécessité de l'exhérédation a-t-elle été établie par le droit civil ou par la jurisprudence ?

La plupart des auteurs tiennent, comme nous, pour la jurisprudence. Cependant M. Ihering est d'avis contraire (1). Pour lui, il a toujours fallu, depuis l'époque la plus ancienne, que le testateur instituât ou exhérédât les *sui* ; la règle est contemporaine du testament *calatis comitiis*. Il était nécessaire, dit-il, que le peuple qui approuvait le testament sût si cet acte ne privait pas les enfants de leur part légitime. Ainsi l'exhérédation était connue du plus vieux droit civil. — Il va de soi que nous ne pouvons accepter cette doctrine, étant données les conjectures que nous avons faites sur le testament *calatis comitiis*. Nous avons dit que l'intervention du peuple avait lieu au nom de l'intérêt public, et non pas, comme paraît le croire M. Ihering pour protéger la famille ; que l'objet du testament consistait à l'origine uniquement dans la désignation de celui qui succéderait comme chef au père de famille, et que, par suite, il ne pouvait être alors question d'exhérer ou d'instituer les membres de la famille qui vivaient en commun, conservant indivis le patrimoine familial ; que plus tard, quand le testa-

1. Ihering. Esprit du droit romain, III, § 63, p. 146. — Cf. Danz, Lehrbuch der Geschichte der römischen Rechts, II, p. 88 et suiv.

ment eut pour effet d'opérer une véritable transmission de biens, l'intervention du peuple disparut. Au surplus la doctrine de M. Ihering ne se comprend guère, si on réfléchit que les jurisconsultes, chaque fois qu'ils parlent de la nécessité de l'exhérédation, ont soin d'invoquer le droit propre des *sui* ; si la règle venait du droit civil, surtout du très ancien droit civil, on se contenterait de la rapporter, sans chercher à la justifier. Enfin, il y a deux textes qui, selon nous, ne permettent pas même d'hésiter. Cicéron raconte dans son livre *De Oratore*, qu'un père ayant cru son fils mort à la guerre, institua un autre héritier. Puis, le fils revint et réclama l'héritage. Comment plaider cette affaire ? Il faut, dit Cicéron, émouvoir les juges, afin qu'ils écartent le texte de la loi des XII Tables, « *ut totum illud « uti lingua nuncupasset » non in duodecim Tabulis, sed in magistri carmine scriptum videretur* » (1). Il résulte certainement de là que la théorie de l'exhérédation était en opposition avec les XII Tables ; et les XII Tables, c'était le vieux droit civil. L'autre texte, qui nous paraît également décisif, est de Valère Maxime. Cet écrivain annonce en ces termes qu'il va parler de testaments rescindés pour cause de prétérition d'héritiers siens : « *Consideremus, dit-il, quæ testamenta rescisa sunt legitime facta* » (2). Ainsi, aux yeux de Valère Maxime, un testament est légitime, c'est-à-dire conforme au droit civil, malgré la prétérition des *sui* ; qui donc

1. *De Oratore*, I, 38. Cicéron revient sur cette affaire dans le même ouvrage, I, 58.

2. V. Max., Ch. VII, 1^o et s.

alors peut le déclarer nul, si ce n'est la jurisprudence (1) ?

Les textes que nous venons de citer vont nous aider encore à déterminer l'époque où fut introduite la théorie de l'exhérédation. Valère Maxime, en indiquant que cette théorie est l'œuvre de la jurisprudence, fait pressentir qu'elle est postérieure aux XII Tables; Cicéron le donne à entendre d'une façon peut-être plus claire encore. Le doute n'est donc pas possible; les XII Tables ont consacré la liberté, puis la nécessité de l'exhérédation a été instituée pour la tempérer. Mais au bout de combien de siècles le nouveau principe est-il entré dans le droit romain ? M. Accarias prétend que cela n'eut pas lieu avant le temps de Cicéron (3). Il invoque d'abord en faveur de son opinion ce passage du *De oratore* que nous rapportons tout à l'heure. Il prétend qu'il s'agit là d'un procès plaidé par deux illustres orateurs, Antoine et Crassus; et comme la question débattue consistait dans la nécessité de l'exhérédation, il en conclut que l'exhérédation n'était pas encore définitivement exigée à l'époque où vivaient ces orateurs, c'est-à-dire au commencement du premier siècle avant l'ère chrétienne. Nous croyons que M. Accarias a mal interprété le texte de Cicéron. Il ne nous a pas paru qu'il s'agit aucunement dans le *De oratore* d'un procès plaidé par Antoine et Crassus.

1. V. en ce sens, Francke, *Das Recht der Notherben*, p. 16 et s. Muhlenbruch in. *Glücks Commentar XXXVI*, p. 145. Schmidt, *Das formelle Recht der Notherben*. p. 6 et suiv. Köppen, *System. des heut. romischen Erbrechts*, p. 96 et suiv.

3. Accarias. *Précis du droit romain*, I. 333.

Nous y voyons simplement que Crassus cite ce procès comme exemple de l'éclat que peuvent offrir les affaires de droit pur ; et dans un autre passage du même livre, le paragraphe 37, Antoine en parle de nouveau pour faire voir quel aurait été le plaidoyer de Crassus, s'il avait été appelé à prendre la parole dans un sens ou dans l'autre. M. Accarias tire encore argument de l'invention de la formule aquilienne, due au jurisconsulte Aquilius Gallus, contemporain de Cicéron. A notre sens, cela démontre seulement que la théorie de l'exhérédation n'était pas complètement fixée à ce moment, mais non qu'elle était nouvelle ; quelle théorie juridique a été créée en un jour chez les Romains ? Rejetant l'opinion de M. Accarias, nous sommes contraints par des considérations assez graves de reporter à une date beaucoup plus ancienne, l'établissement de la nécessité d'exhérer les *sui*. Cette réforme nous semble être la première de celles par lesquelles fut restreint le droit absolu du testateur. C'est en effet la plus timide de toutes ; elle s'appuie sur un principe de droit civil, elle ne protège que les membres les plus proches de la famille agnatique et les protège dans une faible mesure. La *querela*, au contraire, ainsi que nous le verrons bientôt, est en contradiction directe avec le droit civil, elle est fondée sur un principe nouveau et procure un moyen de défense efficace même aux cognats. Les règles posées par les lois Furia, Vocolia, Falcidia, sont aussi des réformes plus hardies que la théorie de l'exhérédation. Si donc cette théorie porta la première atteinte à la liberté illimitée du père, il est naturel de penser qu'elle fut introduite à la fin du troi-

sième siècle ou au deuxième siècle avant notre ère, car, c'est au troisième siècle qu'on sentit le besoin d'un frein pour la première fois, et il est vraisemblable qu'en présence des rapides progrès du mal, le remède ne se fit pas attendre.

Il nous reste à établir quel est le véritable fondement de l'exhérédation. Nous avons dit que c'était le vieux principe de la copropriété entre membres d'une même famille. Considérez en effet la définition que Gaius donne des *sui* : « *Sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur, unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum.* » (1) De ce texte rapprochez le fragment suivant de Paul : « *In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodam modo domini existimantur..... Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur; hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat.* » (1) Ainsi, dans ces deux fragments un droit propre des *sui* est représenté comme expliquant la nécessité de l'exhérédation. Gaius et Paul emploient même des expressions identiques ; ils disent que les *sui* du vivant de leur père sont regardés en quelque sorte comme ayant un droit sur les biens de famille, *quodammodo domini existimantur*. Mais on a soutenu que ce droit n'était qu'une

1. Gaius, II, 157.

1. Paul, Fr. II. D. *de lib. et post.* 28, 2.

fiction imaginée par la jurisprudence pour justifier la théorie nouvelle qu'elle voulait établir. Que vaut cette doctrine ? Ceux qui la défendent n'invoquent guère d'autre argument que la contradiction qui paraît exister entre le droit de disposition attribué au père et le droit de copropriété des *sui* ; ils prétendent que les Romains étaient trop amis de la logique pour admettre jamais une contradiction si évidente. « Il est difficile, dit M. Hölder, de concilier le droit propre des *sui* avec le droit du père ; aussi la plupart des auteurs rejettent aujourd'hui cette opinion ; ce n'était qu'une erreur où de vieux auteurs avaient été conduits par leur naïveté..... » (1) M. Maynz (2), qui nie absolument toute copropriété familiale pour des motifs que nous avons déjà indiqués, n'est pas moins dur pour ceux qui admettent le droit des *sui*. Cependant les raisons qui démontrent à nos yeux l'existence de la copropriété ne sont pas méprisables ; qu'on se reporte à l'exposé que nous en avons fait. Il est téméraire de résoudre les questions d'origine autrement que par une étude patiente des faits. Ce n'est pas faire tort au génie des Romains que de déclarer qu'à une certaine époque la survivance d'un principe ancien contraire aux idées nouvelles a amené une légère contradiction dans leur législation. Cette législation n'a pas été formée en un seul jour ; elle est essentiellement traditionnelle et le passé s'y mêle constamment au présent. Au reste, il y a dans le droit romain d'autres points où la logique est en

1. Hölder. Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts, p. 93.

2. Maynz. Cours de droit romain, III, p. 193.

défaut ; on peut citer un exemple tout à fait voisin, c'est celui de la dot profectice ; la fille ou plutôt son époux en disposent, et cependant le père en est copropriétaire, Paul (1) et Ulpien (2) l'affirment. Qu'on remarque encore que le droit des *sui* n'est pas présenté par les jurisconsultes comme une fiction, mais comme un principe évident, indiscutable ; en particulier Paul dit dans le fragment que nous avons rapporté : « *Evidentius apparet continuationem domini eo perducere ut nulla videatur hereditas fuisse.....* » Si Paul et Gaius emploient ces expressions : *quodammodo domini*, cela vient du sentiment qu'ils ont de la contradiction dont on parle tant. Enfin, il faut tenir compte d'une dernière considération qui n'est pas sans valeur, c'est que le droit des *sui* n'est pas proclamé seulement par les jurisconsultes, mais par des écrivains de tout genre (3). Cela prouve bien que l'idée de ce droit était répandue généralement chez les Romains, et qu'on y voyait autre chose qu'une simple fiction juridique.

1. Paul, fr. 3. *De solut. matrim.* 24, 3.

2. Ulp. fr. 2, § 1. *De solut. matrim.* 24, 3.

3. Outre les deux fragments cités de Paul et de Gaius, on peut voir parmi les jurisconsultes : Ulp. Fr. I. D. *de success. ed.* 38, 9. Gaius, fr. 58, D. de v. s. Paul, L. II. Dig. XXVIII, 2.

Parmi les écrivains autres que les jurisconsultes : Cic. *in Verr. Act.* II. lib. I. 113. *De off.* 1. 17. Plaute, *Trin.* II, 2, 48. Térence, *Hec.* I, 2, 42. Phorm. V, I, 26. Lactance, *De vera sapientia*, 29. Pline le Jeune, Panég. 37.

III

La nécessité d'exhérer ou d'instituer les *sui* n'était pour eux qu'un faible moyen de défense. On ne se contentait plus de l'expression tacite des volontés du défunt ; mais à condition qu'il manifestât clairement son dessein, sa liberté restait entière. Au deuxième siècle avant J.-C., ses droits furent restreints d'une façon plus sérieuse, plus efficace. L'étendue du pouvoir de léguer et même en certain cas, du pouvoir d'instituer, fut limitée.

En l'année 571 de Rome, il fut déclaré par une loi *Furia testamentaria*, qu'à l'exception des parents jusqu'au sixième degré, nul ne pourrait recevoir un legs de plus de mille as. Cette première réforme parut insuffisante ; et en l'an 585 fut portée la loi Voconia, qui comprenait deux chefs. Le premier chef avait pour objet d'interdire à toute personne ayant une fortune de cent mille as, d'instituer une femme comme héritière (1) ; par le second chef, il était défendu de comprendre dans un legs plus que ne recevrait l'héritier. Enfin plus d'un siècle après, en l'an 714, vint la célèbre loi Falcidia, d'après laquelle l'institué devait toujours garder le quart au moins de l'hérédité.

1. Ce premier chef de la loi Voconia a donné lieu à des controverses que nous n'avons pas à exposer. V. Accarias. Précis de droit romain, I, 332, *in fine*.

Si nous laissons de côté le premier chef de la loi Voconia, quel était le motif qui fit adopter la seconde disposition de cette même loi, ainsi que les lois Furia et Falcidia ? Pour le bien faire comprendre, il nous faut d'abord présenter deux courtes observations. En premier lieu, c'est une règle bien connue que celle qui prescrit qu'un testament ne saurait demeurer valable sans institution d'héritier : *Institutio heredis est caput et fundamentum totius testamenti*. Cette règle provient, suivant toute apparence, du caractère contractuel du testament *per æs et libram*, caractère qui subsista même après que le rôle du *familie emptor* fut devenu purement fictif : « *Negotium creditur inter familie emptorem agi et testatorem* », dit Gaius. Notre seconde observation porte sur l'importance que les Romains ont toujours attribuée au testament ; c'était le dernier devoir du père de famille, nous avons déjà eu occasion de le remarquer, et plus qu'aucun autre de ses actes, celui-là paraissait solennel et respectable ; aussi craignait-on beaucoup de mourir *intestat*. Cela posé, voyez ce que nous dit Gaius sur les dispositions législatives dont nous recherchons la raison secrète : « *Olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quidquam heredi relinquere præterquam inane nomen heredis... Quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur. Itaque lata est lex Furia (1), etc.* » Il arrivait donc que le testateur imprudent épuisât entièrement l'actif de sa succession par des legs ; l'institué, jugeant

1. Gaius II, 224.

inutile alors d'accepter une hérédité qui ne lui eût rapporté aucun bénéfice, s'empressait de la répudier, et le testament se trouvait annulé. On constatait avec regret que cette nullité équivalait à une absence complète de testament ; voilà le motif que donne Gaius. Ajoutons, ce qu'il ne dit pas, que les légataires ne pouvaient profiter des dispositions faites par le défunt en leur faveur ; il était donc regrettable, d'une part, que celui-ci mourût intestat, et d'autre part, qu'aucune de ses volontés ne fût accomplie. Le seul remède consistait à assurer l'acceptation de l'hérédité ; et c'est à quoi les lois Furia, Voconia, Falcidia tendirent par des moyens de plus en plus énergiques.

Quant au premier chef de la loi Voconia, en voici les raisons exposées par Tite-Live : « Jusqu'alors, dit-il, les femmes avaient été habiles à hériter comme les hommes. De là, il résultait que souvent les biens des familles les plus illustres passaient dans des mains étrangères, au grand détriment de la République intéressée à ce que les héritiers d'un grand nom soient en état de soutenir, par leur fortune, l'éclat de leur naissance, qui, sans cela, leur devient plus onéreuse qu'honorable (1). » Ainsi en interdisant d'instituer les femmes, on se proposait de sauvegarder la grandeur des maisons romaines, de conserver les biens dans les familles.

Il se pourrait que des considérations de ce genre n'aient pas été étrangères non plus à l'établissement des règles par lesquelles les lois que nous étudions restrei-

1. Tite-Live, XL, 34.

gnirent le pouvoir de léguer ; Gaius n'aurait indiqué qu'un des motifs de ces lois. Il est vraisemblable, en effet, que les pères de famille, oublieux de leurs devoirs, instituaient leurs enfants pour respecter la coutume ; puis, ils transmettaient à d'autres par des legs la plus grande partie ou la totalité de leurs biens. L'enfant institué n'osait répudier la succession de son père ; ses intérêts étaient gravement lésés. Il était donc nécessaire de faire en sorte qu'il eût une part suffisante de l'hérédité. Cette seconde explication des lois Furia, Voconia, Falcidia, n'est qu'une simple conjecture ; ce qui nous invite à la proposer, c'est qu'il nous semble étrange que des testateurs romains aient épuisé par des legs toute leur succession, s'ils ne comptaient pas sur l'acceptation de l'institué ; la crainte de mourir intestat, et l'inutilité des legs qu'ils faisaient les eût arrêtés. Bref, les institués qui continuaient comme jadis à être pris dans la famille du testateur, se virent assurés désormais d'une certaine réserve ; et les restrictions au pouvoir de léguer, établies non seulement pour empêcher l'annulation des testaments, mais encore pour protéger la famille, furent peut-être comme une première garantie des droits que la *querela* allait défendre avec plus de hardiesse.

IV.

Le père était toujours libre, en somme, en ne choisissant pas l'institué parmi ses descendants, de déshériter

absolument ceux-ci. Plus les mœurs se corrompaient, plus des garanties efficaces devenaient indispensables. En même temps, il paraissait juste de protéger un plus grand nombre de personnes qu'autrefois. Le lien qui unissait les membres de la famille agnatique se relâchait de plus en plus ; la puissance paternelle s'affaiblissant, on cessait peu à peu de considérer ceux qui étaient soumis à un même chef de famille comme formant une unité parfaitement distincte. On commençait à voir dans les liens du sang le fondement de certains droits et de certains devoirs. Était-on sorti d'une famille agnatique pour entrer dans une autre, on conservait des rapports avec ses ascendants, avec ses frères et sœurs ; il était admis maintenant que la morale, l'*officium pietatis* le prescrivait. En un mot, sur les ruines de l'organisation ancienne de la famille, s'élevait un système nouveau, de formation plus rationnelle peut-être, mais nullement plus légitime que le précédent ; le principe en était la parenté naturelle des cognats.

On peut s'expliquer maintenant les caractères qu'offrit la dernière en date des restrictions apportées en droit romain aux droits du testateur, nous voulons parler de la *querela inofficiosi testamenti*. C'était une action véritable, qui faisait tomber les dispositions testamentaires lorsque certains parents n'avaient pas reçu la part fixée par la loi. Il est probable que ces parents furent d'abord les *sui*, mais bientôt on étendit la protection légale aux enfants émancipés ou passés par adoption dans une autre famille. On déclara que les ascendants y auraient droit, et les frères et sœurs aussi dans certains cas. On voit,

sans que nous nous arrêtions ici davantage, que la *querela* constituait une arme sérieuse, et qu'elle était mise aux mains de tous ceux que désignait un simple lien de parenté naturelle ; c'est une institution qui n'a plus aucun rapport avec la constitution patriarcale de la famille.

On a beaucoup discuté sur la question de savoir quelle est exactement l'origine de la *querela*. Suivant une ancienne opinion, qui fut présentée par Cujas, cette institution aurait été établie par une loi *Glitia*. Cujas invoque d'abord l'*inscriptio* du fragment 4 au Digeste, de *inoff. test.*, qui est ainsi conçue : « *Gaius lib. sing. ad legem Glitiam.* » Cet argument est peu probant ; car il ne résulte évidemment pas de là d'une façon expresse que cette loi *Glitia* ait eu pour objet d'organiser la *querela*. Faut-il tenir plus de compte de deux constitutions de Justinien où il est parlé de ceux qui pouvaient intenter la *querela* d'après d'anciennes lois, semble-t-il, *ex prioribus, ex antiquis legibus* ? (1). Mais ces expressions se rapportent sans doute au droit civil ancien que Justinien veut abroger ; s'il s'agissait ici de la loi *Glitia*, c'est le singulier qui aurait dû être employé au lieu du pluriel ; ajoutons qu'il serait étrange qu'une loi aussi importante eût laissé si peu de traces chez les auteurs anciens. Cette première opinion mise de côté, nous en repoussons également deux autres, l'une suivant laquelle c'est le préteur qui aurait institué la *querela* (2), l'autre qui attribue cette institution aux Centumvirs (3).

1. L. XXXI et L. XXXII au Code, de *inoff. test.* L. III. titre XXVIII.

2. Laferrière. Hist. du dr. français, T. II, p. 247.

3. Savigny (trad. Guénoux), t. I, § 12, p. 36, note C, *in fine*.

Nous ne voyons aucun argument qui vienne à l'appui de l'origine prétorienne : si cela était exact, n'aurait-on pas donné à celui qui fait rescinder le testament la *bonorum possessio* plutôt qu'une action civile ? Quant à voir dans la *querela* l'œuvre des centumvirs, nous ne saurions y consentir, bien que ce système ait pour lui l'autorité de Savigny. Qu'invoque t-on pour le défendre ? Est-il suffisant de faire remarquer que les centumvirs s'occupaient à Rome de juger les procès relatifs aux successions ? A notre avis, ce sont les Prudents qui ont institué la *querela* (1). En effet, remarquez comment est conçu le *principium* des Institutes au titre *de inoff. test.* : « *Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant vel omittunt, inductum est ut de inofficioso testamento agere possint liberi.* » Si l'origine de la *querela* devait être cherchée dans une loi, ce texte l'aurait indiqué vraisemblablement et n'aurait pas employé une expression aussi vague que celle-ci : *inductum est*. Il faut noter encore que, dans la plainte d'inofficiosité, le testament est attaqué sous prétexte que le testateur n'était pas sain d'esprit. Ne voit-on pas que le législateur n'aurait pas eu besoin de recourir à un pareil détour et qu'il aurait simplement prononcé la rescision pour inobservation du devoir de piété envers la famille ? Si la *querela* repose sur une fiction, c'est évidemment qu'elle est née des efforts que faisaient les jurisconsultes pour réformer les imperfections du droit bien qu'ils n'eussent pas le pouvoir législatif. Cette dernière raison nous semble décisive.

1. Cette opinion est soutenue notamment par Accarias, I, p. 888, n. I. Maynz, III, p. 374, n° 10.

Il nous reste à indiquer en quelques mots la date probable où fut introduite dans le droit romain la *querela*. Cette restriction à la liberté de tester, qui suivit toutes les autres dans l'ordre chronologique en même temps qu'elle les dépassa par la gravité, paraît avoir existé déjà au temps de Cicéron. Nous lisons, en effet, dans l'un de ses discours : « *Jure, legibus, auctoritate omnium qui consuelebantur, testamentum unius facerat non improbum, non officiosum, non inhumanum* » (1).

On jugera peut-être que ce texte fournit un argument insuffisant, parce qu'il ne parle pas précisément de la *querela inofficiosi testamenti* ; mais on ne peut en dire autant d'un passage de Valère Maxime (2), où il est parlé de testaments rescindés pour inofficiosité dans le dernier siècle de la République. Il ne nous semble pas qu'en présence d'affirmations aussi explicites, il y ait lieu d'émettre le moindre doute. Cependant M. Maynz (3) est d'avis contraire, et rejetant le texte de Valère Maxime, il place l'introduction de la *querela* au commencement de l'Empire.

Quoi qu'il en soit, il est certain que sept ou huit siècles après la fondation de Rome, le droit de tester était définitivement restreint selon les principes nouveaux. Le droit successoral prenait un caractère différent : au droit ancien se substituait le droit classique.

1. Cicéron, 2^e discours contre Verrès.

2. Val. Max. L. VII, II, 2.

3. Maynz, III, p. 374, n. 10.

CONCLUSION

Si nous reportons nos regards en arrière et que nous embrassions d'un seul coup d'œil le chemin parcouru, nous constatons trois phases bien distinctes dans l'évolution du droit.

Pendant la première phase, sur laquelle nous n'avons par malheur que des documents trop rares et trop incertains, règne le régime de la copropriété et de la famille patriarcale. Cette forme des institutions fondamentales du droit privé détermine les conditions dans lesquelles se manifeste le droit de tester, son objet, ses limites ; le testament *calatis comitiis* et le testament *in procinctu* appartiennent essentiellement au droit patricien des premiers temps de Rome, et disparaissent avec lui ou tendent à se modifier.

Puis la *gens* se dissout et la copropriété familiale ne devient plus qu'un souvenir, un principe commode auquel les jurisconsultes ont parfois recours. En même temps la plèbe s'élève à une condition meilleure, et la propriété et la famille sont définitivement constituées d'après des règles nouvelles, communes aux deux ordres. Le droit de tester se modifie, et les limitations qui étaient imposées au testateur dans l'intérêt de la chose publique, sont désormais supprimées parce qu'elles ne peuvent

plus être justifiées par aucune raison. A cette époque appartient le testament *per æs et libram*, qui consacre la règle posée par les XII Tables : « *Uti legassit super pecunia tutelave rei sue, ita jus esto.* »

Cependant, les mœurs à Rome viennent à se corrompre et l'autorité paternelle s'affaiblit. Jusque-là le père avait fait un bon usage de la liberté que lui reconnaissent la loi et l'usage ; il devient nécessaire d'y mettre un frein. On essaie d'abord de défendre la famille par des mesures timides. La nécessité d'instituer ou d'exhérer les héritiers siens paraît bientôt insuffisante ; et après les lois Furia, Voconia, Falcidia, on en arrive à l'institution de la *querela* qui, au temps de Cicéron, donne une entière satisfaction aux intérêts lésés.

Ainsi, le droit successoral s'est renouvelé d'une façon grave et assez fréquente depuis la fondation de Rome jusqu'à l'empire. Mais nous avons constaté aussi qu'il ne s'est pas renouvelé brusquement, et que les Romains ont toujours observé en cette matière l'esprit de tradition qui ne les abandonne jamais dans aucun de leurs actes.

DROIT FRANÇAIS

DU CONTRAT

ENTRE

LES AUTEURS & LES ÉDITEURS

DES CONTRATS

ENTRE LES AUTEURS ET LES ÉDITEURS

INTRODUCTION.

I

1. Nous nous proposons dans cette étude de rechercher quelles sont les règles qu'il convient d'appliquer aux contrats passés entre les auteurs et les éditeurs à propos d'œuvres de tout genre, littéraires aussi bien qu'artistiques. Il nous a paru qu'il n'y avait pas lieu en général d'appliquer des principes différents suivant la nature de l'œuvre qu'il s'agit de publier ; ce sont des contrats de même espèce qui se forment, lorsqu'il s'agit de reproduire un tableau au moyen de la gravure, par exemple, ou d'imprimer un livre et de le répandre dans le public, et la volonté des parties contractantes doit dans l'un et l'autre cas être interprétée de la même façon.

2. Il serait superflu d'insister sur l'intérêt qui s'attache à l'examen juridique de cette matière des rapports entre auteurs et éditeurs. Il ne suffit pas de proclamer le droit de l'auteur sur la création de sa pensée : ce ne serait là qu'un vain hommage rendu à l'équité, si on ne lui don-

naît pas le moyen d'en tirer profit, de faire valoir sa propriété. Qu'on remarque, en outre, que jamais la production des ouvrages de l'esprit n'a été si abondante que de nos jours, et que jamais par suite le commerce de la librairie n'a pris un tel essor. Nous ne connaissons pas actuellement de législation qui interdise à l'auteur de publier lui-même le fruit de son travail, qui attribue aux éditeurs un absolu monopole ; mais chacun sait que pour des motifs nombreux les écrivains, les artistes sont dans la nécessité de s'adresser à des éditeurs de profession. De là des rapports journaliers qu'il importe de régler équitablement, des difficultés qu'il faut résoudre en respectant les droits de chacun.

Les contrats ne sauraient tout prévoir et les clauses qu'ils contiennent sont trop souvent ambiguës. Pour que l'équité règne dans les rapports entre auteurs et éditeurs, il faut que de bonnes règles d'interprétation des volontés soient tracées et mises en pratique ; mais il faut d'abord, cela est évident, une bonne organisation de la propriété des auteurs. Aussi, tant que le droit absolu des auteurs sur leurs œuvres n'a pas été reconnu en France, des luttes incessantes ont eu lieu entre eux et les éditeurs ; le tableau de ces luttes nous a semblé devoir offrir quelque intérêt et servir tout naturellement de préface à l'examen dogmatique des questions que nous avons à résoudre.

II

5. Les privilèges qui existaient sous l'ancien régime ne constituaient nullement une consécration de la propriété

intellectuelle. C'était une simple faveur accordée par le roi, en vertu de laquelle une personne jouissait, à l'exclusion de toute autre du droit de publier un ouvrage déterminé et d'en tirer des bénéfices. Ce qui prouve bien que le privilège n'avait pas pour objet de défendre le droit de l'auteur, c'est que le plus souvent il était accordé à un éditeur. On voulait par ce moyen aider l'éditeur à mettre à profit le travail et les frais parfois considérables que certaines publications nécessitaient : quant à l'auteur, il était tout à fait rare, surtout avant le dix-huitième siècle, qu'un privilège lui fût concédé, et par suite, la valeur vénale de son œuvre n'était entre ses mains que fort médiocre. Mais au seizième et au dix-septième siècles, il était admis généralement qu'un écrivain s'honorait en ne cherchant pas à trafiquer de ses écrits. On connaît ce passage de Boileau où le satirique flétrit les auteurs qui « mettent leur Apollon aux gages d'un libraire. » C'est pourquoi les auteurs n'élevaient pas encore de plaintes.

4. La lutte ne s'engagea qu'au commencement du siècle suivant. Elle dura sans répit jusqu'en 1793, époque où la Convention, par une loi célèbre, proclama et organisa la propriété artistique et littéraire.

En 1725, à propos d'une querelle entre les libraires de Paris et ceux de la province, Louis d'Héricourt rédigea, en faveur des premiers, un mémoire où il était dit « que la propriété d'une œuvre littéraire est de tout point semblable à la propriété d'un meuble ou d'une terre ; qu'elle appartient, indépendamment de tout privilège, à l'auteur, à ses héritiers et à ses cessionnaires, et que cette propriété est perpétuelle. » D'Héricourt ajoutait : « Que le

roi n'a pas plus le droit de refuser un privilège ou sa continuation qu'il n'a le droit de dépouiller un de ses sujets de la maison qu'il possède à titre légitime. » En effet, il était logique, si l'on reconnaissait le principe de la propriété intellectuelle, de ne plus considérer le privilège comme une faveur, mais comme la protection légitime de cette propriété.

5. Ce mémoire avait été fait dans l'intérêt des seuls éditeurs. Mais les idées qui y étaient développées pouvaient être invoquées contre les éditeurs eux-mêmes par les auteurs. D'Héricourt disait que les auteurs avaient la propriété de leurs œuvres ; à cette proposition les auteurs donnaient sans peine leur assentiment. Mais quand il ajoutait que les éditeurs étaient cessionnaires de cette propriété, il était naturel que les auteurs fussent tentés de prétendre qu'on favorisait trop les éditeurs en admettant aussi aisément cette absolue cession. On alla trop loin d'abord dans cette voie ; on ne respecta pas les droits acquis. Jusque là, on avait regardé le privilège comme concédant un droit absolument exclusif. Cependant les petites-filles de La Fontaine obtinrent du roi un privilège pour éditer les œuvres de leur aïeul, bien que la jouissance privilégiée de ces mêmes œuvres appartint, dans le même temps, à un libraire. Un procès eut lieu, qui fût jugé au profit des petites-filles de La Fontaine. Cette jurisprudence, peu d'années après, fut confirmée au sujet des œuvres de Fénelon.

6. Les libraires privilégiés, tenant leurs droits pour lésés, empruntèrent, pour les défendre, la plume de Diderot. Celui-ci reprit les arguments de d'Héricourt et soutint

comme lui que la propriété absolue d'une œuvre littéraire appartient au libraire, en vertu de la cession faite par l'auteur. Diderot en somme avait raison sur ce point, et les arrêts rendus par le Conseil du roi étaient critiquables. Mais il est également vrai que les auteurs n'étaient pas suffisamment protégés, et que les éditeurs, à cette époque, s'enrichissaient à leurs dépens. Il était indispensable de mettre un terme au système des privilèges. Ce système qui, à l'origine, n'avait pas du tout été la consécration du droit des auteurs, ne pouvait qu'engendrer une grande confusion et empêcher que les droits de chacun ne fussent sauvegardés conformément à l'équité. Il fallait aussi que les auteurs eussent le moyen de faire connaître leurs ouvrages au public sans recourir aux éditeurs ; et, pour cela, qu'il leur fût permis de les publier eux-mêmes.

7. Les libraires avaient toujours joui d'un monopole ; cet abus fut attaqué, en 1759, par M. Lamoignon de Malherbes, directeur général de la librairie, qui composa sur ce sujet cinq mémoires. « Les auteurs, disait-il, devraient, suivant le droit naturel, tirer tout le profit de leurs ouvrages, en ayant la faculté de les vendre eux-mêmes. Le droit civil ne s'y oppose pas ; et malgré le droit exclusif de vendre certaines marchandises, qui est réservé aux communautés de Paris et des autres villes, chacun a la liberté de vendre les fruits de sa terre. Ne doit-on pas regarder les ouvrages d'un auteur, qui sont le fruit de son génie, comme lui appartenant encore à plus juste titre, et comme le bien dont il serait le plus convenable qu'il eût la libre disposition ? »

Quelques années plus tard, à propos d'un procès in-

tenté par les libraires de Paris à Luneau de Boisjermain, qui n'avait pas respecté leur monopole, Voltaire et Linguet réclamèrent encore pour l'écrivain la liberté de vendre lui-même ses ouvrages.

8. En 1777, sous le ministère de Necker, furent promulgués d'importants arrêts ou règlements du Conseil du roi. Le nom de propriété y est prononcé, appliqué au droit des auteurs ; mais, en même temps, le système des privilèges est maintenu. Le privilège est qualifié de « grâce fondée en justice » ; c'est lui conserver le caractère d'une faveur, et, comme il n'est pas d'autre garantie du droit d'auteur, l'écrivain n'est pas assuré que sa propriété sera protégée.

Les arrêts de 1777 admettent d'ailleurs que le privilège peut être accordé à un auteur aussi bien qu'à un éditeur : « Si le privilège est obtenu par un libraire cessionnaire de l'auteur, il aura pour objet d'assurer au libraire le remboursement de ses avances et de ses frais ; si le privilège est obtenu par l'auteur lui-même, il aura pour objet de récompense le travail de celui-ci. » Ce passage montre encore que l'on n'entend pas consacrer formellement par la législation nouvelle la propriété des auteurs.

Ce qui est le plus nouveau dans ces arrêts réglementaires, c'est ce qui concerne la durée des privilèges. Si le privilège est accordé à un libraire, celui-ci en jouira tant que durera la vie de l'auteur ; et, pour le moins, pendant dix ans. Si c'est à l'auteur lui-même que le privilège est concédé, lui et ses héritiers en auront le bénéfice à perpétuité, pourvu, dit l'article 5, qu'ils ne le rétrocèdent à aucun libraire, auquel cas la durée du privi-

lège sera, par le fait de la cession, réduite à celle de la vie de l'auteur. Telles sont les dispositions essentielles. Cela ne contenta personne. Les éditeurs voyaient disparaître la perpétuité des privilèges ; ils s'en plaignirent d'une façon très vive. Les auteurs pouvaient jouir d'un privilège perpétuel ; mais ils perdaient cet avantage quand ils cédaient leur privilège à un libraire.

Il est vrai que la loi nouvelle leur permettait de publier eux-mêmes leurs ouvrages ; on leur donnait satisfaction sur un point important. Mais, en ce temps-là comme aujourd'hui, il était difficile de se passer du concours d'un libraire. En somme, une bonne loi sur la propriété des auteurs était encore à faire.

9. Linguet attaqua vivement les arrêts de 1777. Il approuva seulement la liberté qui était donnée aux auteurs de se faire les éditeurs de leurs propres ouvrages. Mais il réclama encore une fois l'assimilation de la propriété des auteurs à la propriété du droit commun. « Le droit des auteurs, disait-il, est une propriété perpétuelle, mais aussi bien dans les mains du libraire cessionnaire que dans celles de l'auteur lui-même : les droits du cessionnaire ne peuvent pas être plus étendus que ceux du propriétaire primitif, mais ils ne peuvent pas être plus restreints. »

10. En 1778, un arrêt nouveau du Conseil vint, sans plus tarder, modifier notablement les dispositions des arrêts de 1777. La perpétuité des privilèges fut rétablie facultativement ; il fut dit, en effet, que les privilèges « pourraient, à l'avenir, être accordés pour tout le temps que le chancelier ou le garde des sceaux jugerait

utile, suivant le mérite ou l'importance de l'ouvrage. » D'autre part, lorsqu'un auteur cédait son privilège, la durée n'en était plus restreinte par le fait de la cession.

Le Parlement intervint à ce moment dans le débat, avec plus d'énergie qu'il n'avait fait jusqu'alors. L'avocat général Séguier fût chargé de rédiger un rapport au roi ; les conclusions n'en sont pas très nettes et il est inutile de nous y arrêter.

Nous n'avons plus à noter, jusqu'à la loi de 1793, qu'un dernier arrêt du Conseil, rendu en 1785 ; cet arrêt déclare que les journaux, gazettes, almanachs et autres ouvrages du genre périodique, sous quelques titres et dénominations qu'ils soient ou puissent être, ne sont et ne pourront être censés compris dans la teneur des règlements de 1777 et 1778, en ce qui concerne la durée des privilèges. Cette durée, pour les écrits qu'on vient d'indiquer, est fixée à dix ans.

Ainsi, jusqu'au temps de la Révolution, on n'était pas arrivé à régler d'une manière équitable les droits relatifs aux œuvres de la pensée. On avait, en 1777, porté atteinte au monopole absolu des libraires. Mais il y avait une réforme plus grave, plus pressante à accomplir ; il était nécessaire d'abandonner complètement la théorie ancienne du privilège ; c'est parce que cette théorie avait survécu dans la législation, qu'en dépit de toutes les réclamations la protection due aux auteurs continuait à être regardée comme une faveur.

11. Enfin, la loi de 1793 admit en termes formels le droit des auteurs dans son article premier, et ce droit fût même qualifié de propriété par l'article 4. Il n'est plus

question de privilège. Quiconque a mis au jour un ouvrage de l'esprit, peut seul en tirer profit par la publication, en céder la propriété, et la loi le protège, non plus par faveur, mais parce qu'elle lui reconnaît un droit absolu. L'adoption tardive des vrais principes fit cesser la lutte légitime que les auteurs soutenaient depuis près d'un siècle, et dont l'objet était autant la défense de leurs intérêts contre les éditeurs que la proclamation de leurs droits; les deux questions, comme on l'a vu, étaient inséparables sous l'ancien régime.

La législation nouvelle présentait encore une disposition qui pouvait jeter quelque trouble dans les rapports des auteurs avec les éditeurs. Le droit d'auteur, suivant l'article 2, dure pendant toute la vie de l'auteur, et pendant dix ans après sa mort, que ce droit soit transmis à un héritier, ou qu'il ait été cédé à une personne quelconque. Il suit de là que l'éditeur qui traite avec l'auteur durant sa vie, ne peut passer qu'un contrat, dont les bénéfices seront incertains, aléatoires. Si l'auteur vit longtemps encore, l'éditeur, (à supposer qu'il ait obtenu le droit de publication pour un temps indéfini), grâce au droit exclusif dont il jouira pendant une longue période, obtiendra peut-être un gain considérable; il est possible, au contraire, qu'il se trouve en perte, si la mort de l'auteur survient aussitôt après le traité. Le seul remède à cet inconvénient consiste à attribuer à l'auteur, non une somme fixe, payable dès le moment de la formation du contrat, mais un simple droit sur les bénéfices.

12. Nul doute que ce caractère aléatoire des contrats, entre auteurs et éditeurs, qui était la conséquence

inévitables de la loi de 1793, ne fût un défaut. Cependant toutes les lois qui, depuis lors, ont modifié la durée du droit d'auteur, l'ont laissé subsister ou l'ont aggravé. D'après le décret de 1810, « le droit de propriété est garanti à l'auteur et à sa veuve, pendant leur vie, si les conventions matrimoniales de celle-ci lui en donnent le droit, et à leurs enfants pendant vingt ans. » (Art. 39). Quant aux héritiers autres que les descendants, la loi de 1793 continue à leur être applicable, et, par suite, leur droit dure toujours dix ans après la mort de l'auteur. Si le droit d'auteur a fait l'objet d'une cession, rien n'est changé, quant à sa durée; tant que les héritiers de l'auteur en auraient conservé la jouissance, aussi longtemps il subsiste entre les mains du cessionnaire.

Ainsi l'éditeur qui a acquis le droit de publication exclusif ignore, d'après la loi de 1810, comme d'après la loi de 1793, quels avantages pourront exactement résulter pour lui, de cette acquisition; la loi de 1810 donne même au contrat un caractère encore plus aléatoire, puisque la durée du droit varie, selon que l'auteur laisse ou ne laisse pas une veuve après lui, selon la qualité des héritiers qui lui succèdent.

La loi de 1854 mérite encore le même reproche; elle porte à trente années la durée du droit des descendants à partir de l'extinction du droit de la veuve. La loi de 1866 a eu l'avantage d'unifier la durée du droit des auteurs à compter de leur mort; que ce droit appartienne au conjoint, à des héritiers quelconques ou à des cessionnaires, sa durée est uniformément fixée à cinquante ans après la mort de l'auteur. On revient ainsi à une législa-

tion analogue à celle de 1793 : mais, en 1866 comme en 1793, l'incertitude qui règne sur le temps que vivra l'auteur après le contrat qu'il a passé avec l'éditeur, est toujours une cause de trouble dans leurs relations.

Au reste, la critique que nous adressons ici à la loi de 1866, de même qu'aux lois antérieures, est légère ; il est bien probable que dans l'espace de cinquante ans l'éditeur aura le temps nécessaire pour tirer de l'œuvre cédée tout le profit sur lequel il a pu compter. Néanmoins, nous regrettons qu'on n'ait pas fait en sorte que notre législation fut, sous ce rapport, exempte de tout défaut.

Il n'était pas besoin, pour y parvenir, d'établir la perpétuité de la propriété des auteurs ; cela eût présenté d'autres inconvénients que nous n'avons pas à examiner ici. Il suffisait de faire compter le délai pendant lequel sera protégé le droit d'auteur, non de la mort de l'auteur, mais du jour où l'ouvrage est publié pour la première fois. Par ce moyen l'éditeur aurait été assuré de jouir d'un droit exclusif de publication durant un temps précis, clairement limité.

13. Nous ferons un autre reproche aux lois qui se sont succédé depuis 1793. Lorsque la durée du droit d'auteur a été prolongée, qui, du cessionnaire ou de l'auteur, devait profiter de cette disposition nouvelle ? Le législateur ne l'a jamais dit ; cependant, la question étant difficile à résoudre, il eût été utile que par une disposition expresse on prévint toute controverse.

En particulier, à propos de la loi de 1866, une grande discussion s'est élevée sur ce point, et, de là, sont nés de nombreux procès. Il est fâcheux que le législateur

n'ait pas fait en sorte de les empêcher. Les difficultés qu'engendrent les rapports entre les auteurs et les éditeurs seront toujours trop nombreuses ; et il est essentiel que la loi n'engendre pas la discorde entre les uns et les autres.

III

14. Si l'on met à part les défauts d'assez médiocre importance que nous avons signalés, on voit que nous avons maintenant une bonne législation sur la propriété des auteurs. La première et essentielle condition pour que leurs relations avec les éditeurs soient réglées suivant les principes de l'équité, se trouve donc remplie. Il reste à formuler des règles qui serviront, dans le silence des parties, à interpréter leurs volontés ; il faut rechercher quels sont les contrats usuels qui interviennent entre les auteurs et les éditeurs, comment ils se forment et prennent fin, quelles obligations en découlent. Ce travail est surtout l'affaire de la doctrine ; la jurisprudence ne peut que donner des solutions dans des cas particuliers, en se fondant sur les textes et les principes généraux : seule, la doctrine est à même en cette matière, comme en toute autre, d'édifier, s'il y a lieu, une théorie générale, et, par ce moyen, de venir en aide à la jurisprudence.

15. Jusqu'ici, la doctrine en France s'est peu préoccupée d'accomplir cette tâche. On trouve, il est vrai, dans divers ouvrages d'excellentes pages sur beaucoup des questions que nous avons à résoudre. Mais le sujet n'a

pas été traité dans toute son étendue, avec tout le développement qu'une telle étude comporte.

C'est à propos de la cession du droit d'auteur que l'on a été amené à examiner un certain nombre des problèmes juridiques que soulèvent les rapports entre les auteurs et les éditeurs. Par suite, on laissait de côté les contrats de divers genres qui ne comportent aucune cession. De plus, cette manière d'aborder le sujet a eu un autre inconvénient. On a paru croire que les traités, en vertu desquels une aliénation de la propriété littéraire ou artistique avait lieu, étaient en toute hypothèse parfaitement assimilables à la vente; cette conception est, à nos yeux, quelque peu inexacte et dangereuse. D'ailleurs, on s'est demandé rarement et d'une façon tout accessoire quelle était la véritable nature, quel est le véritable objet du contrat que l'on envisageait. Voilà pourtant les questions fondamentales qu'il convient, selon nous, d'étudier avant toutes les autres.

16. En Allemagne, les contrats relatifs à la publication d'œuvres littéraires et artistiques, ont été examinés avec plus de soin, ont fait l'objet de travaux plus nombreux et plus approfondis. Des lois sur cette matière, qui existent dans plusieurs États allemands, conviaient la doctrine à ces études spéciales. Les premiers auteurs qui s'en occupèrent é mirent des théories très diverses. En particulier, la nature du contrat auquel se rapportaient ces lois donna naissance à une vive controverse; il y eut sur ce point autant d'opinions peut-être que d'auteurs. Ce contrat fut qualifié successivement de société (1), de

1. Pöhl. Handelsrecht, § 107.

louage d'ouvrage (1), de louage de choses (2), de mandat (3), de vente (4), de contrat aléatoire (5), de contrat innommé (6). Puis on en vint à le considérer comme un contrat d'une nature spéciale, qu'on ne peut désigner proprement par aucune des dénominations qui nous viennent du droit romain. Tel est le système généralement admis aujourd'hui; c'est notamment en ce sens que se prononcent Wächter (7) et Klostermann (8) dans leurs écrits pour la propriété des auteurs, que nous aurons souvent l'occasion de citer et qui nous ont été d'un grand secours. Ils distinguent nettement les différentes conventions que les auteurs concluent avec les éditeurs. Puis, ils mettent à part ce contrat auquel ils ont reconnu une nature spéciale, et ils réservent pour lui le nom de *Verlagsvertrag*, dont ils ont précisé le sens et qui est généralement usité en Allemagne.

17. Nous croyons qu'il convient, en effet, d'étudier principalement ce contrat, que nous ne saurions désigner plus clairement pour l'heure et dont nous définirons bientôt l'essence. Il faut l'étudier principalement, parce que dans l'usage on le rencontre plus souvent peut-être

1. Koch. Lehrbuch des preuss. gem. Privatrechts, II, § 690.

2. Gräf. Versuch der von dem Verlagsrecht geltenden Grundsätze p. 48.

3. Zachariä, in Mittermaiers krit. Zeitschrift, XI, p. 222.

4. Alker. Preussens Pressgesetze, § 42.

5. Rössig. Buchhandelsrecht, p. 81.

6. Pfordten. Abhandlungen aus dem Pandektenrechte, IV, p. 326.

7. Wächter. Verlagsrecht, p. 250.

8. Klostermann. Das Urheberrecht und das Verlagsrecht, t. I, p. 293 et suiv.

que tout autre, et aussi parce que, en raison de sa nature plus particulière, il échappe fréquemment à l'application du Code civil. Nous avons même jugé nécessaire de lui donner un nom ; et nous avons traduit, à cet effet, le mot allemand *Verlagsvertrag* par *contrat d'édition* (1) ; il n'était pas exact, en effet, de le désigner par aucune des dénominations que l'on lit dans nos Codes, et il importait de le différencier absolument des autres conventions que nous aurons à examiner, et qui, au contraire, peuvent sans inconvénient porter les noms que depuis un temps immémorial la science et la pratique ont consacrés.

C'est par l'étude de ce contrat d'édition proprement dit que nous commencerons. Nous préférons n'entreprendre que plus tard l'examen des autres conventions entre auteurs et éditeurs, parce que nous aurons lieu plus d'une fois, en traçant les règles qui concernent ces conventions, de renvoyer le lecteur à ce qui aura été exposé au sujet du contrat d'édition proprement dit.

18. Les règles que nous allons poser seront puisées à diverses sources ; elles seront empruntées en principe à la loi écrite, mais nous aurons lieu de consulter encore la raison et la coutume, qui servent à éclairer l'intention des parties ; la loi écrite dans la matière des contrats n'a pas le plus souvent, comme on sait, un caractère impératif, et c'est de l'intention souveraine des parties qu'il faut tenir le plus grand compte. Cela dit, quelles sont les dispositions de nos Codes dont nous devons faire application ? Il y a d'abord les dispositions du Code civil, qui sont relatives à toute espèce de contrat, nommé ou

1. Cette expression commence à se répandre en France :

innommé (1). Quand à celles qui regardent particulièrement les contrats nommés, nous les appliquerons suivant la nature du contrat que nous considérerons. Si le contrat qui est intervenu entre l'auteur et l'éditeur est un de ceux que nos Codes prévoient, il nous suffira, en général, de rappeler les prescriptions du droit commun. Mais plus fréquemment nous aurons à étudier des conventions participant de la nature de plusieurs des contrats spécialement réglés par le législateur; il faudra, en ce cas, rechercher de quelle manière les règles des différents contrats nommés doivent être combinées. Si enfin la convention que nous examinons diffère par un ou plusieurs de ses éléments essentiels de tous les contrats nommés, nous n'aurons plus, en dehors des règles générales des contrats, qu'à prendre pour guides la raison et la coutume.

En somme, les principes relatifs aux contrats, que notre législation écrite, après la tradition, a consacrés, ne suffisent pas du tout à régler la matière que nous nous proposons d'approfondir. Voilà ce qui fait l'utilité et la raison d'être de notre travail.

1. Code civil, art. 1107. Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont tous soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre.

PREMIÈRE PARTIE

DU CONTRAT D'ÉDITION PROPREMENT DIT

CHAPITRE PREMIER

DU CONTRAT CONSIDÉRÉ DANS SON ESSENCE ET DANS SES CARACTÈRES.

§ I. — *Essence du contrat.*

19. Les législations étrangères qui ont réglé le contrat d'édition n'en ont pas donné en général une définition précise. Ainsi, le Code prussien (*preussisches allgemeines Landrecht*) qui contient de nombreux articles sur cette matière, n'indique nulle part ce qui fait l'essence du contrat dont il s'occupe. Il en est de même du Code civil badois. Le Code civil de Saxe dit assez vaguement : « Le contrat d'édition est celui par lequel l'auteur ou le propriétaire d'une œuvre littéraire ou artistique cède cette œuvre ou promet de la céder à une autre personne, l'éditeur, pour qu'il la reproduise, la publie et la mette en

vente. » Même incertitude dans la définition du Code civil autrichien : « Le contrat d'édition est celui par lequel un auteur donne à une personne le droit de reproduire cet écrit au moyen de l'impression et de le vendre. »

Nous préférons les définitions du Code suisse (Code fédéral des obligations) et du Code de commerce hongrois.

Le Code suisse s'exprime ainsi : « Le contrat d'édition est un contrat par lequel l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique ou ses ayants-cause s'engagent à remettre cette œuvre à un éditeur qui, de son côté, s'oblige à la publier, c'est-à-dire à la reproduire en un nombre considérable d'exemplaires et à la répandre dans le public.

A moins de stipulations spéciales, le contrat transfère à l'éditeur l'exercice du droit d'auteur pour autant et aussi longtemps que la convention l'exige. »

Voici enfin la définition de la loi hongroise : « On doit regarder comme un contrat d'édition le contrat par lequel une personne, l'éditeur, acquiert de l'auteur ou de ses ayants-cause un droit exclusif à reproduire, publier et vendre une œuvre littéraire, scientifique ou artistique terminée ou à faire. »

20. Il nous faut tâcher d'éclaircir et de compléter ces définitions. Avant de rechercher les règles applicables à un contrat, il est indispensable évidemment d'établir avec précision de quel contrat l'on traite. C'est là ce que nous appelons définir l'essence d'un contrat.

Tout d'abord, il convient de faire remarquer que nous écartons pour l'instant l'examen du cas où l'ouvrage à publier a été commandé par l'éditeur. Les législa-

tions étrangères, on l'avu par quelques-uns des passages plus haut cités, ne séparent pas au contraire le contrat dont l'objet est une œuvre à faire de celui qui porte sur une œuvre achevée. Il nous a semblé que, lorsqu'il s'agit d'une œuvre à faire, un élément nouveau vient se joindre au contrat d'édition et qu'il en résulte des conséquences très particulières : nous nous occuperons donc de cette hypothèse dans un chapitre spécial, sous le titre de louage d'ouvrage.

Cette observation faite, quels sont donc les traits essentiels du contrat d'édition proprement dit ?

21. — 1^o Il faut que l'éditeur acquière de l'auteur ou de ses ayants-cause un droit de publication exclusif, un droit tel que nul autre que lui n'ait la faculté de reproduire et de débiter l'œuvre littéraire ou artistique qui fait l'objet du contrat.

Si donc quelqu'un retrouve le manuscrit égaré d'un écrivain de l'antiquité et qu'il s'adresse pour le faire connaître du public à un éditeur, le contrat qui interviendra ne pourra être appelé contrat d'édition : car l'éditeur ne peut tenir de l'autre partie contractante un droit que celle-ci n'avait pas elle-même. Nous en dirons autant si une personne fait reproduire par la gravure une œuvre d'art dont la propriété est, depuis longtemps peut-être, tombée dans le domaine public.

22. — 2^o Il n'y a contrat d'édition que si l'éditeur s'engage à publier l'œuvre littéraire ou artistique sur laquelle l'auteur lui cède un droit exclusif.

Si cette obligation de faire n'existe pas, il s'agira d'une aliénation pure et simple de la propriété intellectuelle, qui constituera, tantôt une donation, tantôt une vente ou un échange, mais non le contrat que nous avons en vue.

Au reste, cet engagement sera pris souvent par l'éditeur d'une façon tacite. Lorsqu'un auteur s'adresse à un éditeur, conclut avec lui un traité, il est rare qu'il cède son droit sans que l'éditeur en retour s'oblige à faire la publication ; c'est pourquoi il arrive que le traité soit muet sur l'obligation de publier, tant il a paru évident aux parties qu'elle incombait à l'éditeur. Il va de soi que cet engagement tacite aura autant de force qu'une clause expresse, et le contrat passé entre les parties sera donc un vrai contrat d'édition.

23. — 3^o Il faut que l'éditeur profite des bénéfices et souffre des pertes qui peuvent résulter de la publication.

D'ailleurs, s'il est convenu que l'auteur aura droit à une part des bénéfices, qu'il recevra par exemple, tant par exemplaire vendu, nous dirons encore qu'il y a contrat d'édition, parce que l'ensemble des règles que nous allons développer ne doit pas être modifié en raison de cette circonstance spéciale.

Mais, si l'auteur devait supporter en outre une part des pertes, le contrat serait alors un pur contrat de société ; nous laissons pour l'instant de côté cette hypothèse.

Si enfin la publication avait lieu pour le compte de l'auteur seul, l'éditeur ne fournissant que ses services et ne devant avoir aucune part aux profits ni aux pertes, il

s'agirait encore d'un contrat distinct du contrat d'édition ; cette convention par sa nature se rapprocherait principalement du louage d'ouvrage.

24. — 4^e Nous avons dit que le contrat d'édition comportait pour l'éditeur l'acquisition d'un droit de publication exclusif ; ajoutons que ce droit est réel de sa nature ; mais nous ne dirons pas que la pleine propriété intellectuelle soit transférée à l'éditeur. L'auteur conserve le droit de disposer, qui est un des éléments essentiels de la propriété intellectuelle, comme de toute propriété.

En un mot, la propriété intellectuelle, par l'effet du contrat d'édition, se trouve démembrée. L'auteur garde la nue-propriété de l'œuvre qui est l'objet du contrat. L'éditeur acquiert un droit réel, analogue à l'usufruit, mais qu'il vaut mieux considérer comme un droit d'une nature spéciale, régi par des règles particulières.

25. Il est vrai que le plus souvent on lit dans les traités que l'auteur cède tous ses droits, cède la pleine propriété de ses œuvres à l'éditeur. Mais c'est ici le cas de faire prévaloir l'intention des parties sur les termes du contrat (1). On ne peut exiger d'elles que leur langage soit parfaitement exact au point de vue juridique. Lorsque les circonstances donnent à penser que leur intention n'a pas été de rendre l'éditeur maître absolu de l'ouvrage (ce qui exclurait aussi l'obligation de publier), on devra décider, quelles

1. C. civ., art. 1156. On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

qu'aient été les expressions employées au traité, que l'aliénation d'un simple droit de publication a eu lieu ; en disant que tous les droits de l'auteur sur son œuvre seront transmis à l'éditeur, les parties ont entendu que l'éditeur aurait un droit de jouissance sans nulle restriction ni limite, mais non qu'il aurait le droit de disposition.

26. L'obligation pour l'éditeur de respecter absolument l'intégrité de l'œuvre qui lui est livrée n'a été niée par personne, et l'explication que nous venons d'en donner est si naturelle qu'elle a été adoptée par la plupart des jurisconsultes en France et en Allemagne. Tel est l'avis de Beseler (1), de Klostermann (2). M. Pardessus dit que l'éditeur « n'est en réalité qu'un usufruitier, qui doit jouir en conservant la substance de la chose (3). » M. Renouard (4) reconnaît la justesse de ces principes ; il en est de même de M. Gastambide (5), de M. Blanc (6),

1. Beseler. System des gem. deutsch Privatrechts, § 228.

2. Klostermann. Das Urheberrecht und das Verlagsrecht, t. I, p. 229. Cf. Wächter, Verlagsrecht, p. 254, note 5. Cet auteur prétend que si l'éditeur est obligé de respecter absolument l'œuvre qui lui est livrée, il faut en chercher la raison dans une clause tacite du contrat ; mais en vérité n'est-il pas plus simple et plus exact de dire que l'éditeur ne peut pas disposer parce que le droit de disposition ne lui est pas transmis ?

3. Pardessus. Dr. commerc. n° 360.

4. Renouard, Droits d'auteurs, II, p. 327.

5. Gastambide. Traité des contrefaçons, n° 95.

6. Blanc. Traité de la contrefaçon, p. 97 : « Ce n'est pas positivement le droit d'auteur qui est cédé ; c'est plutôt la jouissance de ce droit, c'est-à-dire la faculté de l'exploiter en publiant l'ouvrage. »

de M. Nion (1). M. Pouillet (2) critique d'abord avec vivacité l'opinion de M. Pardessus; mais sa théorie sur ce point est assez incertaine, et il nous a paru qu'il n'était pas éloigné de n'accorder qu'un droit de jouissance à l'éditeur.

27. On connaît maintenant les traits essentiels du contrat que nous allons examiner. On remarquera que nous n'avons rien dit du prix moyennant lequel l'auteur aliène d'ordinaire le droit de publication. C'est que l'existence d'une créance pécuniaire n'apporte, en somme, aucune modification aux règles du contrat d'édition; cette créance n'est donc pas de l'essence du contrat.

Nous aurons lieu de l'étudier d'ailleurs, de rechercher si, dans le doute, on doit présumer qu'elle existe, d'envisager toutes les conditions du paiement.

28. Cession au profit de l'éditeur d'un droit exclusif, qui est détaché de la propriété intellectuelle de l'auteur, obligation pour l'éditeur de publier, publication faite par l'éditeur pour son propre compte, à moins qu'il n'y ait partage des bénéfices, il apparaît clairement que la réunion de ces traits essentiels donne naissance à un contrat

1. Nion. Droits civils des auteurs, p. 298 : « La vente d'un manuscrit en pleine propriété n'a pas les effets de celle des propriétés ordinaires. Par ce contrat ; le cessionnaire acquiert, non pas un droit absolu de disposer de l'ouvrage et semblable en tout à celui de l'auteur, mais uniquement le droit de publier l'œuvre cédée. »

2. Pouillet. Traité de la propriété littéraire et artistique. V. n^{os} 308 et 323. Nous lisons au n^o 332 : Le droit pour l'auteur d'exiger que son œuvre soit respectée est inhérent au droit de propriété lui-même. »

parfaitement distinct de tous les contrats nommés. Nous croyons inutile d'insister davantage sur cette vérité ; il ne s'agit ni de louage d'ouvrage, ni de louage de choses, ni de mandat, ni de société, ni de vente. On verra dans la suite que ces divers contrats interviennent parfois entre les auteurs et les éditeurs, mais alors un ou plusieurs des traits essentiels que nous avons énumérés fait défaut, le contrat est formé d'éléments différents.

29. Au surplus nous ne voulons pas dire que le contrat d'édition ne participe point en quelque mesure de la nature de certains des contrats nommés. Quels sont ces contrats nommés ? Il est indispensable de le savoir.

Tout d'abord, le contrat d'édition participe de la nature de la société, quand l'auteur doit recevoir une certaine somme sur les gains qui résulteront éventuellement de la vente de l'ouvrage. L'éditeur devant dans cette hypothèse être regardé comme l'associé de l'auteur, nous aurons à nous demander quelles conséquences en découlent selon les principes du droit, sans oublier que ce contrat diffère de la société pure et simple.

Plus souvent encore, le contrat participe de la vente. Il ne suffit pas, pour que cela soit exact, que l'éditeur acquière un droit exclusif de publication. Car l'aliénation seule d'un bien ne constitue pas la vente. Il faut en outre un prix en argent. Lorsque l'éditeur sera tenu de payer à l'auteur des honoraires en argent, nous devons donc admettre que le contrat d'édition est voisin de la vente. Mais il ne se confond pas avec elle. En retour de la cession qui lui est faite, l'éditeur promet toujours un fait,

la publication ; cette promesse donne au contrat son caractère propre.

§ II. — *Caractères du contrat.*

30. Comment se classe le contrat d'édition eu égard à ses caractères ?

Et d'abord, doit-on le ranger parmi les contrats réels ou les contrats consensuels ? Si les jurisconsultes romains avaient connu ce genre de convention, ils lui auraient attribué sans doute un caractère réel, ils y auraient vu un simple pacte *do ut facias*. Aujourd'hui, le principe est que le simple consentement oblige, et par suite la distinction entre les contrats réels et les contrats consensuels est beaucoup moins nette. Il est certain que, dès l'accord intervenu entre les parties, le contrat d'édition produit des effets de droit. Dès ce moment, le droit de publication, détaché de la propriété intellectuelle, est transmis à l'éditeur, puisque la tradition n'est point dans notre droit nécessaire pour transférer la propriété (C. civ., art. 1138). Dès ce moment, l'auteur est tenu de faire remise de son œuvre, de mettre l'éditeur à même d'en jouir. Quant à l'obligation que contracte l'éditeur de publier, on peut dire qu'elle naît aussi à ce même instant, mais sous la condition suspensive que l'auteur de son côté ait rempli l'obligation qui lui incombait ; l'éditeur évidemment n'est pas tenu de publier aussi longtemps que tout ce qui est nécessaire à la publication n'est pas mis à sa disposition.

31. Sur le caractère synallagmatique du contrat d'édition, il ne saurait y avoir aucun doute. L'auteur s'engage toujours à livrer l'œuvre au sujet de laquelle le contrat a été conclu, et l'éditeur en retour doit faire tout ce que comporte la publication d'un ouvrage littéraire ou artistique. Voilà donc pour les deux parties des obligations corrélatives, et, par conséquent il y aura lieu d'appliquer les règles particulières aux contrats synallagmatiques (1).

32. Il est plus délicat de savoir si le contrat d'édition est commutatif ou aléatoire. La difficulté ne vient pas de l'incertitude où se trouve l'éditeur touchant la valeur marchande de l'œuvre sur laquelle il traite ; car sa perspicacité peut diminuer cette incertitude dans une notable mesure ; bien souvent, les commerçants achètent des marchandises dont le cours montera ou descendra par l'effet d'événements qu'il est impossible de bien connaître à l'avance, et cependant il ne serait pas juste de dire qu'en ce cas la vente a été aléatoire. Mais considérez l'hypothèse où l'auteur cède le droit de publication pour toute la durée pendant laquelle la loi protège la propriété des auteurs ; nous avons eu l'occasion de montrer déjà que cette durée variera, dans des proportions considérables peut-être, selon que le décès de l'auteur arrivera aussitôt après le traité ou longtemps après ; nous sommes donc portés à reconnaître dans cette hypothèse un carac-

1. Code civil, art. 1325, 1184. Toutefois la question de savoir si l'art. 1325 est applicable en matière commerciale est controversée.

rière véritablement aléatoire au contrat d'édition. Au reste, cette observation n'a qu'un intérêt purement théorique.

33. Le contrat d'édition est-il un contrat à titre gratuit ou à titre onéreux ? La question ne se pose assurément pas, si l'éditeur a pris l'engagement de payer un prix à l'auteur. Mais que dire, si en retour du droit de publication qui lui est cédé, l'éditeur contracte simplement l'obligation de publier ? Ici encore nous n'hésitons pas à affirmer, que le contrat d'édition ne doit pas être regardé comme une pure libéralité. Car l'intention libérale n'apparaîtra pas le plus souvent au contrat et ne doit pas être présumée ; en outre, il est parfaitement admissible que la simple publication de l'ouvrage ait aux yeux de l'auteur une valeur suffisante pour qu'elle lui paraisse compenser suffisamment l'abandon qu'il fait de son droit (1).

34. On peut se demander encore si le contrat d'édition est commercial ou civil. Il est certain que l'éditeur fait acte de commerce en y prenant part. Il se fait céder un droit exclusif sur une œuvre littéraire ou artistique pour en trafiquer ; c'est assez pour qu'on applique l'article 632 du Code de commerce, où il est dit que la loi répute acte de commerce « tout achat de denrées ou de marchandises pour les revendre. »

A l'inverse, de la part de l'auteur le contrat n'est point commercial. A la vérité, il a acheté pour la revendre

1. V. un jugement en ce sens. Paris, 9 août 1871. Pataille, 71, 93.

la matière première qu'il emploie, mais ce n'est là qu'un acte accessoire ; la matière première lui sert seulement de moyen pour créer son œuvre, et cette œuvre, qui est l'objet véritable du contrat d'édition, il la cède à l'éditeur sans l'avoir achetée (1).

Ainsi, le contrat d'édition offre un caractère mixte, il est commercial pour l'une des parties, civil pour l'autre. De là des règles particulières sur la compétence et la preuve.

Si l'éditeur appelle l'auteur en justice, il devra porter l'affaire devant le tribunal civil et l'incompétence du tribunal de commerce est absolue ; si l'auteur au contraire est demandeur, il pourra assigner l'éditeur à son choix devant le tribunal civil ou devant le tribunal de commerce. L'auteur fera la preuve de son droit contre l'éditeur selon les règles commerciales sur la preuve ; l'éditeur devra se conformer aux règles civiles.

35. Lorsque le contrat d'édition est passé par l'auteur avec le directeur d'une œuvre à laquelle collaborent plusieurs écrivains, un journal par exemple ou une revue, il peut y avoir quelques difficultés sur le caractère civil ou commercial de la convention, en ce qui concerne le directeur.

S'il est simplement le mandataire d'un éditeur, c'est la personne de ce dernier qu'il faut considérer, et nous avons décidé plus haut qu'il fait acte de commerce.

Même règle, s'il est le mandataire d'une société ; cette

1. La même opinion est soutenue par M. Pouillet dans son traité, n° 255 et par tous les auteurs.

société, comme un éditeur de profession, spéculé sur le travail des écrivains avec lesquels elle traite.

Si l'on suppose enfin que le directeur fait la publication pour son propre compte, n'y a-t-il pas lieu de dire encore qu'il s'agit d'une entreprise commerciale, et que les règles du Code de commerce seront applicables? Nous ne croyons pas, comme M. Pardessus (1), qu'il faille refuser en principe tout droit de propriété sur leurs écrits à ceux qui prennent part à la rédaction d'un journal, sous prétexte qu'il n'y est rendu compte que d'événements ou d'objets en quelque sorte du domaine commun. Certes, le directeur d'un journal (ou de tout autre ouvrage analogue) fait dans une certaine mesure un travail intellectuel en déterminant quels articles seront publiés, en les coordonnant : l'esprit, la forme même de la publication, à l'envisager dans son ensemble, sont le fruit de son intelligence. Mais il ne faut pas oublier d'autre part le caractère de spéculation que présente son œuvre ; et, tout bien pesé, c'est ce caractère qui l'emporte. Au reste nous ne posons ici que des principes généraux, auxquels il y aura lieu souvent de déroger dans des hypothèses particulières. (2)

1. Pardessus, *Cours de droit comm.* Part. I, titre I, n° 15.

2. Cf. Renouard, t. 2, p. 54. Pouillet, n° 278. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. I, p. 47, note 1. Il y a eu sur ces questions de nombreuses décisions de jurisprudence qui sont relatées pour la plupart dans le dictionnaire de droit commercial de M. Ruben de Couder ; au mot *actes de commerce*, en voici quelques-unes : Paris, 15 mai 1848, Dalloz, 50. 2. 204 ; Paris, 21 octobre 1859, Dalloz, 60. 3. 48 ; Marseille, 24 janvier 1870, Dalloz, 70. 3. 76, etc.

CHAPITRE II

DE L'OBJET DU CONTRAT ET DES PERSONNES ENTRE LESQUELLES IL INTERVIENT.

§ I. — *Objet du contrat.*

36. L'objet du contrat d'édition consiste dans le droit exclusif que l'auteur aliène au profit de l'éditeur. Il serait d'une analyse juridique moins exacte de dire que l'œuvre littéraire ou artistique est l'objet du contrat ; elle est proprement l'objet du droit cédé.

Ce serait une erreur plus grande encore que de voir l'objet du contrat dans le manuscrit. L'auteur doit en faire remise à l'éditeur, parce que d'ordinaire celui-ci en a besoin pour réaliser la publication. Mais cette remise est seulement le moyen de mettre le contrat à exécution ; aussi, l'éditeur n'acquiert sur le manuscrit qu'un droit mesuré sur le besoin qu'il en a et, comme il suffit qu'il en fasse usage pendant un certain temps, il est de règle qu'à moins d'une convention particulière, il n'en doit pas être regardé comme propriétaire. Il en sera de même si l'œuvre à publier est une œuvre d'art, et qu'il soit fait remise à l'éditeur d'un tableau ou d'une statue (4).

1. Voir Vächter, p. 252 et suiv.

37. Il y aura lieu parfois de rechercher si l'ouvrage qu'il s'agit de reproduire ne présente pas un caractère illicite, contraire aux bonnes mœurs. C'est là une question de fait qu'il faut résoudre à propos de chaque cas particulier. L'immoralité d'un livre est d'une appréciation délicate : mais si le droit de publication concédé a pour objet un ouvrage déjà condamné par les tribunaux, il va de soi que le contrat sera nul. La loi déclare en effet que « l'obligation sans cause ou sur fausse cause, ou *sur une cause illicite*, ne peut avoir aucun effet » (art. 1131). On fera encore application des principes du droit commun si, dans le contrat, une condition illicite se rencontre, si par exemple l'auteur cède le droit de publication à condition que l'éditeur trompe le public sur le nombre des éditions déjà parues ; le contrat, en ce cas est nul en vertu de l'article 1172 du Code civil.

38. On s'est demandé si le contrat pouvait avoir pour objet de publier une œuvre future. Il ne saurait y avoir de difficulté à ce sujet s'il s'agit d'une œuvre qui est commandée à l'auteur, qu'il s'engage à exécuter et à céder ensuite à l'éditeur. Le contrat d'édition, dans cette hypothèse, se joint à un contrat de louage d'ouvrage. Si l'auteur n'accomplit pas ce qu'il a promis, l'éditeur aura le droit d'user à son égard des moyens de contrainte que la loi met à sa disposition.

1. Art. 1172. Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou *prohibée par la loi* est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. V. Renouard, t. II, p. 279. Pouillet, n° 256.

Mais que décider lorsque l'auteur, au lieu de prendre l'engagement ferme d'exécuter une œuvre et d'en faire cession, promet seulement de la céder, s'il l'exécute ? M. Pouillet paraît croire que cette promesse serait nulle, comme faite sous condition potestative (1). La jurisprudence n'a pas eu à examiner cette question, mais elle en a résolu une autre qui est bien voisine, la question de savoir si un auteur peut céder les bénéfices pécuniaires qu'il tirera éventuellement de la publication ou de la représentation d'œuvres à faire ; et elle a déclaré le contrat nul comme vicié par l'existence d'une condition potestative (2).

Selon nous, il faut distinguer, en général, la condition potestative, qui fait dépendre l'obligation d'un événement tel que la volonté du débiteur ou du créancier peut le faire arriver ou y mettre obstacle et la condition purement potestative, ou condition *si voluero*, qui fait dépendre l'obligation d'un simple acte de volonté, émané de l'une ou l'autre des parties ; cette dernière condition rend le contrat nul, la première, au contraire, n'empêche pas l'obligation de prendre naissance (3). Appliquons cette théorie à la cession par un auteur du droit de publier une œuvre à venir ; il est clair que l'obligation dont il est tenu ne dépend pas d'une

1. Pouillet, n° 253.

2. Seine, 6 déc. 1861. Pataille, 61, 430. Un autre jugement du tribunal de la Seine (31 janv. 1854, Sirey, 54, 2, 734) a statué dans le même sens en invoquant cette raison, « que personne ne peut être débiteur des produits d'une chose qui n'existe pas. » Cependant n'est-il pas dit au Code (art. 1130) que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation ?

3. Voir Larombière. Des obligations, t. II, p. 350 et suivantes.

condition purement potestative ; il faut qu'il accomplisse l'œuvre promise, voilà l'évènement qui tient en suspens l'existence du droit de l'éditeur, et cela diffère d'un simple acte de volonté.

§ II. — *Des personnes entre lesquelles le contrat intervient.*

39. Le contrat d'édition intervient entre l'éditeur et celui qui a la propriété intellectuelle de l'œuvre, l'auteur ou ses ayants cause.

Il arrive assez souvent que l'une ou l'autre des parties ou même toutes les deux soient représentées au contrat par un mandataire. L'auteur peut trouver avantage à confier ses intérêts aux soins d'une autre personne ; en particulier, il est utile à plusieurs écrivains de se réunir et de charger un agent de passer des traités en leur nom. L'éditeur, de son côté, a besoin parfois de se faire représenter : c'est ce qui a lieu en général, nous citons ce cas tout à l'heure, lorsqu'un éditeur entreprend la publication d'un journal, d'une revue, d'une œuvre collective quelconque ; il choisit alors une personne compétente qui se met en rapport avec les écrivains et traite avec eux de la publication de leurs écrits, mais sans s'obliger elle-même.

40. La question de la capacité requise chez les parties contractantes ne donne lieu à aucune difficulté si l'on considère la personne de l'éditeur : on fera ici simplement application des règles du droit commun (1). En ce qui

1. V. le titre 4^{er} du Code de commerce.

concerne l'auteur, il y a lieu d'examiner la question avec plus d'attention et de s'arrêter plus longtemps.

41. Tout d'abord, si l'auteur est mineur, il est constant qu'il ne peut traiter lui-même avec un éditeur. C'est le père, administrateur légal des biens de ses enfants (art. 389) qui passera en son nom les contrats relatifs à la publication de ses œuvres.

42. Si le mineur est en tutelle, le tuteur le représente dans l'administration de ses biens. Pour traiter au nom du pupille avec un éditeur, aura-t-il besoin de l'autorisation du conseil de famille? Non, en principe, car les contrats entre auteurs et éditeurs sont le plus souvent des actes de simple administration; ils ont pour but de rendre le patrimoine productif.

43. Le mineur émancipé est affranchi de la puissance paternelle et de la tutelle. Il conclura seul, sans l'assistance du curateur, les traités avec les éditeurs, en tant qu'actes de simple administration (art. 481).

44. Ceux qui sont frappés d'interdiction judiciaire sont assimilés en règle générale aux mineurs en tutelle, pour leur personne et leurs biens (art. 509). On a prétendu que le tuteur n'avait pas le droit de publier l'ouvrage composé par l'interdit, parce que celui-ci ne l'a peut-être fait que pour lui-même. Bien que cette opinion soit admise par la majorité des auteurs (1), nous sommes portés

1. Blanc, p. 87. Nion, p. 121. Thulliez, Prop. litt., p. 266. Pouillet, n° 264.

à la repousser. Rien, dans le Code, ne s'oppose à ce que ce droit soit reconnu au tuteur. La publication de l'œuvre de l'interdit offrira parfois un intérêt sérieux ; elle peut être l'occasion d'un succès, la source d'un profit pécuniaire.

D'un autre côté, les auteurs qui refusent au tuteur la faculté de mettre pour la première fois au jour l'ouvrage de l'interdit, lui permettent d'en publier une édition nouvelle : mais sait-on si l'interdit, à supposer qu'il n'eût pas été frappé de démence, n'eût pas préféré pour des raisons toutes personnelles s'en tenir à la première publication ? Il nous semble que le tuteur, dans le système que nous combattons, ne devrait pas avoir plus de pouvoir, qu'il s'agisse d'une première ou d'une seconde édition. Nous aimons mieux, pour le motif que nous avons indiqué, lui laisser toute liberté.

45. A l'interdit légalement, il faut appliquer les mêmes règles qu'à l'interdit pour cause de démence. Il ne peut lui-même publier ses œuvres, conclure à cet effet des traités ; le tuteur le représente dans l'exercice de ces droits (1).

46. Le prodigue ou faible d'esprit, muni d'un conseil judiciaire, administre lui-même ses biens. Les actes pour lesquels il a besoin de l'assistance du conseil sont énumérés par la loi (art. 513). Il lui sera donc permis de prendre seul des engagements en vue de la publication

1. V. un arrêt de la cour de Paris, 7 août 1837, Sirey, 38, 2, 268.

de ses œuvres ; ce n'est là, nous le disions tout à l'heure, faire en principe que des actes d'administration (1).

47. La question de la capacité de la femme mariée dans la matière qui nous occupe a donné lieu à de longues controverses.

Et d'abord, la femme peut-elle contracter avec un éditeur sans l'autorisation de son mari ? En général, on répond négativement ; en effet, la femme mariée a besoin, dans l'opinion commune, de l'autorisation maritale pour s'obliger, et dans tout traité qu'elle passe avec un éditeur, elle s'oblige (2) ; peu importe que la question se pose à propos d'une première publication ou de l'édition nouvelle d'une œuvre déjà parue avant le mariage.

D'ailleurs, si la femme est séparée de biens, nous croyons que, maîtresse de l'administration de ses biens, elle pourra faire tout ce qui est utile pour tirer des revenus de ses ouvrages ; on l'a contesté ; mais nous ne voyons pas quelle bonne raison l'on peut invoquer pour déroger aux principes les plus certains du Code civil (3).

Doit-on dire ensuite que l'autorisation du mari, contrairement à la règle ordinaire, ne peut pas ici être suppléée par celle de la justice ? La question est très controversée ; cependant nous n'hésitons pas à penser que l'autorisation de justice est parfaitement suffisante. L'article 219 du Code civil dit, d'une façon générale, que la jus-

1. V. en ce sens un arrêt de la C. de Paris, 22 mars 1864. *Journal de la propriété industrielle*, 10 novem. 1864.

2. V. Nion, p. 404. *Contrà*, Cubain, n° 98.

3. Blanc, p. 88. *Contrà*, Nion, p. 104. Pouillet, p. 236.

tice aura le droit de donner ou refuser son autorisation. « si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte. » On a soutenu que cette disposition n'est plus applicable lorsque la femme veut embrasser une profession, car alors il ne s'agit plus seulement de passer un acte. Quand même cette interprétation restrictive serait exacte, il n'en résulterait pas que la publication d'un ouvrage par la femme dut échapper à l'application de l'article 219 ; publier un ouvrage, n'est-ce point passer un acte plutôt qu'embrasser une profession ? — Dira-t-on que le mari seul peut être bon juge de l'opportunité de cet acte ? Mais, il n'est pas certain qu'il n'y ait pas des inconvénients encore plus graves à laisser le mari abuser de son autorité ; il serait regrettable que le mari empêchât injustement la femme de tirer de ses écrits des ressources peut-être nécessaires, et qu'il privât la société de la jouissance d'œuvres peut-être remarquables (1).

48. Le failli n'est pas frappé d'incapacité ; mais, dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens, il ne peut passer avec un éditeur, au détriment de ses créanciers, un contrat qui, comme le contrat d'intérêt, diminuerait l'actif de la faillite. Seul, le syndic a ce pouvoir en tant qu'administrateur de l'actif de la faillite. Au reste, la publication ne pourra être faite sans le consentement du failli ; car il conserve l'exercice des droits attachés à sa personne ; et ce caractère est, à nos yeux, un de ceux qui distinguent le droit d'auteur.

1. V. Laurent, t. III, n° 135. Pouillet, n° 269. Nion, p. 109. Calmels, p. 415.

49. Nous n'avons rien dit encore de deux sortes d'incapables : les absents et les personnes internées dans une maison d'aliénés. A leur égard, l'application des règles du droit commun ne présente aucune difficulté.

CHAPITRE III

DE LA PREUVE DU CONTRAT.

50. Nous avons déjà eu l'occasion de faire remarquer qu'en raison du caractère mixte, à la fois civil et commercial, qu'offre le contrat d'édition, l'une des parties pouvait employer des moyens de preuve commerciaux, et que l'autre ne devait user que de moyens civils. }

51. Rappelons encore sur divers autres points les règles du droit commun.

La preuve par écrit n'est exigée qu'au-dessus de cent cinquante francs. En vain, un auteur (1) avait prétendu que la loi exigeait toujours un écrit pour prouver la cession du droit d'auteur : cette opinion n'a jamais trouvé de crédit. Elle reposait sur une erreur commise dans l'interprétation de la loi de 1793 ; cette loi déclare saisissable toute édition imprimée sans la permission formelle et par écrit de l'auteur (art. 3). Cela signifie seulement, dit M. Pouillet, « que le magistrat chargé d'opérer la saisie d'un ouvrage contrefait, ne doit pas s'arrêter devant de simples allégations du saisi. A défaut par le saisi de représenter une autorisation écrite de l'auteur la saisie doit être poursuivie, menée à fin. Cette disposition

1. M. Brousse, dans le Répertoire de Favard de Langlade, V. Prop. litt.

est destinée à servir de règle à la conduite du magistrat chargé d'opérer la saisie ; elle n'est d'aucune application dans les rapports de l'auteur et de son cessionnaire (1). » Telle est la doctrine généralement admise aujourd'hui.

Il est intéressant de comparer sur ce point notre législation avec les lois étrangères. La loi prussienne (*allgemeines Landrecht*) exige en principe un écrit, et ne l'exige pas seulement, semble-t-il, à titre de preuve. Mais si le contrat n'a pas été passé par écrit, voici le système assez singulier que cette loi consacre. L'auteur remet-il le manuscrit à l'éditeur, le contrat se forme définitivement, et la convention verbale suffit à prouver le prix qui a été promis à l'auteur ; elle prouve même, suivant les commentateurs, les conditions de la publication, l'étendue du droit cédé, dans une certaine mesure. D'ailleurs l'éditeur peut à son choix soit effectuer la publication, soit restituer le manuscrit reçu. (2) En Angleterre, il faut un écrit comme en Prusse. (3) La loi américaine veut que tout acte, tout contrat ayant pour objet le transport ou la cession de droits de propriété littéraire soient passés dans les formes prescrites pour les aliénations d'immeubles ; sinon, on les considérera comme nuls et fraudu-

1. Pouillet, n° 282. V. aussi, Renouard, t. II, p. 286. Gastambide, n° 90. Rendu et Delorme, n° 783. Cf. Blanc, p. 91.

La jurisprudence a adopté cette doctrine. V. un jugement du Trib. de Joigny, 9 mars 1861. Pataille, 61, 165, et un jugement du Trib. de la Seine, 15 janvier 1868. Pataille, 38, 61.

2. V. les art. 998 et 999 de l'*allgemeines Landrecht*, et le commentaire qu'en donnent Wächter, p. 372 et suiv., et Klostermann, t. I. p. 313.

3. V. Godson. A treatise on the law of patents and of copyright, p. 428.

leux, à l'égard de tout acquéreur postérieur ou créancier sur gage à titre onéreux. (1) D'après la loi russe, les conventions entre les auteurs, traducteurs, ou éditeurs, d'un côté, et les imprimeurs ou libraires de l'autre, sont rédigées sur papier timbré et enregistrées, conformément aux règles générales, dans les livres des courtiers. (2) A la différence de ces législations, il en est plusieurs, en particulier la loi autrichienne, qui admettent les cessions purement verbales.

Conviendrait-il, en France, d'exiger des formalités spéciales, de réclamer des modes de preuve plus rigoureux ? L'exemple des législations étrangères invite à poser la question. Il est certain que si le contrat entre l'auteur et l'éditeur n'a pas été fait par écrit, et qu'il apparaisse que le droit de publication n'a pas été cédé sans limites, il sera fort difficile d'établir ces limites ; c'est alors, il est vrai, que serviront les règles d'interprétation que nous nous proposons d'établir.

52. S'il y a eu plusieurs cessions successives, on appliquera évidemment l'article 1328 du Code civil ; un cessionnaire ne pourra invoquer la cession que si son titre a reçu date certaine avant celui des autres cessionnaires. (3)

53. On a parlé, en matière de cession des droits

1. V. l'art. 1^{er} de la loi additionnelle sur le droit de copie, du 20 juin 1834.

2. Règlement du 8/20 janvier 1830.

3. En ce sens, Cass., 27 mars 1835, Dall. 35, 1, 438 et Trib. de la Seine, 23 décembre 1868, Pataille, 69, 52.

d'auteur, de certaines présomptions, dont peut-être on a exagéré la valeur.

M. Renouard dit que « la possession du manuscrit établit en faveur du possesseur une présomption de son droit à la propriété de l'ouvrage. (1) » Tel est aussi l'avis de M. Pouillet. (2) Nous n'hésitons pas à dire que dans les rapports entre les auteurs et les éditeurs, cette présomption ne doit pas être admise. Que peut signifier la remise du manuscrit ?

Le manuscrit peut être cédé en toute propriété à titre d'autographe ; cette hypothèse se rencontre rarement en pratique, et ce n'est pas ce qu'il faut supposer d'abord. Mais voici des hypothèses plus fréquentes.

Il arrivera souvent que l'auteur remette son manuscrit à l'éditeur, avant de traiter avec lui, soit pour lui demander conseil, soit parce que l'éditeur désire en prendre connaissance avant de déterminer les conditions du traité. En ce cas, la propriété n'est pas transférée à l'éditeur ; l'aliénation du manuscrit est sans aucun doute contraire à l'intention des parties.

Il se peut ensuite que le manuscrit soit entre les mains de l'éditeur à la suite d'un traité qu'il a conclu avec l'auteur ; cela est souvent nécessaire à la publication. Mais, alors pourquoi supposer un contrat impliquant cession du droit d'auteur, ou même d'un simple droit de publication détaché de la propriété intellectuelle ?

Nous verrons qu'entre les auteurs et les éditeurs il est passé en mainte circonstance des contrats de louage de

1. Renouard, t. II, p. 288.

2. Pouillet, n. 284.

choses, de louage d'ouvrage d'où il ne résulte en aucune façon que la propriété intellectuelle soit acquise à l'éditeur. Il sera nécessaire de recourir à d'autres moyens de preuve pour savoir quelle est la nature exacte du contrat, si les parties ont eu en vue une aliénation plus ou moins complète du droit d'auteur.

54. Voilà comment il faut, suivant nous, interpréter la remise d'un manuscrit. Que dire maintenant de la remise d'un tableau, d'une statue ?

A cause de la valeur du tableau, de la statue, considérés en tant qu'objets matériels, il arrivera, plus fréquemment qu'en ce qui regarde le manuscrit, que les parties s'expliquent d'une façon expresse sur la question de savoir si ces objets sont aliénés ou prêtés ; et suivant qu'ils auront été remis à titre de prêt ou en vertu d'une aliénation, il y aura des conséquences différentes à en tirer au point de vue du transfert de la propriété artistique.

S'il est prouvé d'une manière quelconque, au moyen d'une lettre par exemple, que le tableau a été seulement prêté à l'éditeur, il est à supposer qu'entre lui et l'artiste est intervenu un des traités possibles entre auteurs et éditeurs ; mais la simple remise du tableau ne donne aucun renseignement sur la nature et les effets de cette convention.

Lorsqu'au contraire le tableau a été cédé, la question devient très délicate. Il y a d'abord un principe général qu'il faut poser : à nos yeux, pour des raisons qu'il ne nous paraît pas nécessaire d'exposer ici, la cession d'un tableau, d'une statue, n'emporte pas, dans le silence des parties,

aliénation du droit de reproduction. Telle est l'opinion de la majorité des auteurs, en dépit de la jurisprudence.

Cela dit, il faut distinguer deux hypothèses. Si l'éditeur qui acquiert le tableau ne fait pas métier de vendre des tableaux, mais seulement de reproduire les originaux et d'en tirer profit, l'acquisition qu'il a faite était inutile ; il suffisait que le tableau lui fût prêté. On devra donc supposer, en principe, qu'il ne s'est rendu maître du tableau que pour en jouir personnellement, et que le droit de reproduction ne lui est pas transmis.

Si l'éditeur est en même temps marchand de tableaux, il est très difficile de décider si les parties ont entendu que la propriété intellectuelle était aliénée au profit de l'éditeur. Le plus raisonnable est d'appliquer ici encore le principe énoncé plus haut, bien que l'acquéreur ait un caractère spécial : il ne sera pas, dans le doute, investi du droit de reproduction.

Voilà quelle signification, il faut, selon nous, attribuer à la remise d'un manuscrit, d'une statue, d'un tableau.

On voit que la question n'est pas susceptible d'une solution simple ; quelque désir que nous eussions d'être bref, il nous a fallu passer en revue des hypothèses très diverses, au sujet desquelles il convenait de statuer diversement.

55. Il nous reste à parler d'un autre fait, où l'on paraît avoir voulu découvrir encore une présomption de cession de la propriété intellectuelle. Un auteur ne signe pas son œuvre ; seul le nom de l'éditeur figure sur l'œuvre imprimée. On déclare qu'en ce cas « l'éditeur, c'est-à-dire celui

qui aura, selon l'expression de la loi, mis l'ouvrage au jour, sera considéré comme étant l'auteur même de l'œuvre (1). » En effet, l'article 6 de la loi de 1793 dit que celui qui a mis l'ouvrage au jour exerce la poursuite en contrefaçon.

Mais il est clair que la loi n'entend pas dans cet article parler d'une personne autre que le propriétaire ou le cessionnaire d'un ouvrage d'art ou de littérature (2). Il s'agit donc de savoir si l'éditeur est le cessionnaire de l'auteur anonyme ; or, il nous semble que le fait qu'un ouvrage soit publié sans nom d'auteur ne constitue pas une présomption suffisante de cession. Il est possible, il arrive fréquemment que l'auteur anonyme conclue avec l'éditeur un traité qui ne transfère à celui-ci en aucune façon la propriété intellectuelle. Le principe posé par l'auteur que nous citons tout à l'heure, nous paraît donc sujet à critique. Pour admettre que l'éditeur d'un ouvrage anonyme dût jouir des mêmes droits que s'il en était l'auteur, il faudrait une disposition expresse, qui n'est pas dans nos lois (3).

1. Pouillet, n° 147. Cf. Jugement du tribunal de la Seine, 5 avril 1888, Pataille, 89, 285.

2. V. plus loin, n° 83.

3. Le code civil de Bade contient une disposition de ce genre :
d — g. L'auteur et l'éditeur ne peuvent se prévaloir de leur droit de propriété qu'autant qu'ils ont fait connaître leurs noms sur les exemplaires imprimés. Si le nom de l'un d'eux est seul indiqué, celui qui est nommé exerce cumulativement les droits de tous deux.

CHAPITRE IV

NATURE ET ÉTENDUE DU DROIT CÉDÉ A L'ÉDITEUR.

§ I. — *A qui appartient le droit de disposer.*

56. Nous avons dit plus haut qu'il était essentiel au contrat d'édition proprement dit, que l'éditeur n'acquiesce point la propriété intellectuelle dans toute son étendue, mais seulement un droit détaché de cette propriété, que nous appelons le droit de publication. Le droit de disposition n'est pas transféré à l'éditeur ; il reste à l'auteur.

De ce principe que l'auteur garde le droit de disposition, il ne suit pas qu'il puisse modifier l'œuvre qu'il a cédée. Il en est empêché par le contrat qui a été conclu ; il ne doit rien faire qui porte atteinte au droit de jouissance dont il s'est dépouillé. Les parties ont traité à propos d'un écrit, d'un tableau déterminés ; l'éditeur n'aurait pas consenti peut-être à publier cet écrit, à reproduire ce tableau, s'il n'avait pas offert telle ou telle qualité, que l'auteur par des modifications risque de faire disparaître. Dès que le contrat est formé, ce qui en fait l'objet ne peut subir aucune métamorphose sans l'accord des deux parties ; telle est la règle fondamentale. (1) D'ailleurs l'usage y ap-

1. En sens contraire, Seine, 6 avril 1842, Blanc, p. 68.

porte quelque tempérament. Il est admis en pratique, que lors de la première édition d'un écrit, l'auteur a le droit, en corrigeant les épreuves, de réviser le texte, d'améliorer le style et les idées même dans une certaine mesure. Cette faculté qu'on laisse à l'auteur ne saurait dépasser des limites étroites sans devenir en général contraire à l'intention tacite des parties.

§7. L'éditeur, privé du droit de disposer, doit en principe respecter scrupuleusement l'ouvrage dont la publication lui est confiée. Il ne peut faire aucun changement dans le texte du manuscrit ; il faut qu'il reproduise exactement les locutions vicieuses et même les fautes d'orthographe, à moins que l'auteur ne consente à les corriger. A plus forte raison ne peut-il pas supprimer le nom de l'auteur sur les exemplaires imprimés ; il n'est pas à présumer que l'auteur ait voulu renoncer à la renommée que la publication lui confèrera peut-être, et son nom, même s'il n'est pas sur le manuscrit, doit être considéré comme faisant partie de l'ouvrage qui sera livré à la publicité. (1)

Au surplus, nous admettons que l'éditeur soit libre de faire sous forme de notes, d'avertissements, certaines additions, que les usages de la librairie permettent parce qu'elles ont peu d'importance et ne sauraient nuire à l'auteur ; (2)

§8. Il faut appliquer exactement les mêmes principes aux éditions postérieures. Que décider cependant, si

1. V. en ce sens, jugement du Trib. de comm. de la Seine, 19 octobre 1828. Rendu et Delorme, n° 798.

2. Cf. Pouillet, n° 336, Renouard, t. II, n° 192.

par l'effet d'un événement inattendu l'ouvrage, à moins de subir des modifications, perd toute valeur commerciale ? Ainsi, l'éditeur s'était engagé à publier une carte géographique, et il arrive que le pays, que cette carte représente, est démembré ou que son organisation administrative est bouleversée. Cette carte ne va plus trouver d'acheteur ; elle n'a qu'un intérêt rétrospectif. Dira-t-on que l'éditeur peut exiger que l'auteur fasse les changements nécessaires ou charger un autre de ce soin ? Tout d'abord, nous ne voyons aucune raison de soutenir qu'une telle obligation incombe à l'auteur ; rien ne donne à croire, en règle générale, qu'il ait assumé tacitement une telle charge lorsque le traité a été conclu. L'intention contraire des parties apparaîtra parfois, pour des ouvrages qu'il faut constamment mettre au courant, un indicateur des adresses, par exemple ; cela est exceptionnel et ne doit pas être présumé. Est-il juste, d'autre part, que l'éditeur confie à un autre que l'auteur le soin de remanier l'ouvrage qui n'est plus susceptible d'être vendu ? Nous ne le pensons pas, même si l'on se contente, respectant le texte primitif, de corriger par des additions séparées ce qui est devenu inexact. C'est là en somme disposer de l'ouvrage cédé, et l'éditeur n'en a pas le droit. Ces additions nuiraient peut-être gravement à l'auteur ; il est possible qu'elles dénaturent son œuvre, qu'elles soient même parfaitement ridicules.—Ainsi, lorsqu'un événement fortuit diminue ou rend nulle la valeur vénale d'un ouvrage, l'éditeur supporte sans recours le dommage qui en résulte. Est-ce à dire que l'auteur pourrait forcer l'éditeur à entreprendre une édition nouvelle, dont il ne sera

vendu que de rares exemplaires ? Non ; le contrat, dans l'hypothèse que nous envisageons, doit être considéré comme ayant pris fin ; car les parties se sont proposé de répandre un ouvrage dans le public et ce but est devenu impossible à atteindre. (1)

59. On a prétendu qu'après le décès de l'auteur, le droit de disposer dans une certaine mesure appartenait à l'éditeur. Wächter dit que si les héritiers de l'auteur ne sont plus intéressés pécuniairement à empêcher que l'œuvre soit modifiée, rien ne les autorise à le faire ; car, dit-il, ils ne succèdent qu'aux intérêts pécuniaires, non aux intérêts moraux de l'auteur (2). M. Renouard soutient une doctrine analogue. L'éditeur, selon lui, peut publier l'ouvrage « avec des changements, retranchements ou additions ; mais à la condition d'annoncer que l'ouvrage original a été modifié. Si le cessionnaire plaçait indûment des changements ou additions sous le nom de l'auteur, les héritiers de celui-ci, quoique dépouillés de tout droit sur l'ouvrage, auraient qualité et action pour s'opposer à cette usurpation d'un nom dont ils ont le devoir de défendre la renommée (3). » Nous croyons que la règle posée par ces deux auteurs, quelque

1. *Contrà*, Pouillet, n° 329. V. Bordeaux, 24 août 1863, Pataille, 63, 348. Le principe, suivant lequel l'éditeur ne doit aucunement modifier l'ouvrage, a été affirmé par de nombreux jugements et arrêts. Voir notamment : Seine, 6 avril 1842, Blanc, p. 68. Seine, 22 août 1845, Dall., 45, 4, 435. Seine, 11 avril 1856, Pataille, 56, 115, etc., etc.

2. Wächter, p. 347.

3. Renouard, t. II, p. 192. *Contrà*, Pouillet, n° 337. V. Paris, 27 février 1866, Pataille, 66, 361.

tempérament qu'ils y apportent, est radicalement fausse. Si l'on doit admettre que l'auteur, lorsqu'il a traité, a gardé le droit de disposer, il faut reconnaître que ses successeurs peuvent en hériter, car il n'y a aucune bonne raison pour nier que ce droit soit transmissible; de même, il est clair qu'un propriétaire, qui a aliéné l'usufruit de son fond, transmet à ses héritiers la nue-propriété dont il ne s'est pas dépouillé.

Telles sont, en ce qui concerne le droit de disposition, les règles qui nous ont paru le plus conformes à l'esprit de notre législation sur les contrats, en même temps qu'à la logique et aux usages.

60. La loi prussienne admet que l'auteur ait la faculté de faire des changements dans son œuvre, soit avant l'impression, soit après qu'elle est commencée (1). Seulement, l'éditeur est toujours libre, lorsque ces changements sont la cause de frais nouveaux, d'en réclamer le montant à l'auteur, et il peut même déclarer en ce cas qu'il renonce au contrat. Ces dispositions sont tout à fait contraires au droit commun; le contrat n'a-t-il pas eu pour objet une œuvre déterminée, et l'auteur n'a-t-il pas cédé un droit de jouissance sur cette œuvre? Permettre à l'auteur de la modifier, de la dénaturer à tel point

1. Allgemeines Landrecht, 1008. Si l'auteur, avant l'impression, croit nécessaire de faire des changements dans l'ouvrage, relativement à l'étendue ou à la disposition des matières, il appartient à l'éditeur d'y consentir ou de renoncer au contrat. 1009. Si, lorsque l'impression est commencée, il fait des changements sans le consentement de l'éditeur, il répond envers lui de tout le dommage qui en résulte.

Cf. l'art. 379 du Code suisse. V. enfin, Wächter, p. 347 et suiv.

qu'on ne puisse refuser à l'éditeur la résiliation du contrat, c'est dire que le contrat n'engendre pas des effets définitifs, que, si l'éditeur est lié irrévocablement, l'auteur, à l'inverse, a le moyen de se soustraire à l'accomplissement de ses obligations en rendant la résiliation nécessaire, que l'éditeur n'a acquis qu'un droit de jouissance précaire, auquel il peut être porté atteinte.

61. Nous n'avons pas admis davantage la doctrine de certains juristes allemands, notamment de Klostermann (1), au dire desquels l'éditeur aurait toujours le droit de s'adresser à l'auteur pour faire les changements nécessaires, et, s'il refuse, de confier cet office à d'autres. Autrement, dit-on, on rendra illusoire le droit de publication cédé à l'éditeur ! Cette considération ne saurait l'emporter à nos yeux sur les arguments décisifs que nous avons invoqués à l'appui de l'opinion contraire (2).

62. Qu'arrivera-t-il, si l'éditeur, usurpant un droit qui ne lui a pas été conféré, se permet de disposer de l'œuvre qu'il publie ? Nous croyons qu'il y a lieu de faire ici application des règles posées par le Code civil en matière d'usufruit. L'article 618 dit que l'usufruit peut cesser par l'abus que l'usufruitier fait de la jouissance en commettant des dégradations sur le fonds. De même, dirons-nous ici, l'éditeur abuse du droit de jouissance que l'auteur lui abandonne, lorsqu'il ne respecte pas absolu-

1. Klostermann, t. I, p. 352.

2. V. plus haut, n° 58.

ment l'œuvre cédée, lorsqu'il en supprime des fragments par exemple, ou qu'il change l'ordre des matières. D'ailleurs les tribunaux ont ici, selon le Code, une certaine liberté d'appréciation. Ils peuvent déclarer que l'abus de jouissance est insuffisant pour que le droit de publication fasse retour à l'éditeur ; ils peuvent prendre telles mesures qu'ils jugeront convenables, pour que les intérêts de l'auteur soient sauvegardés. On ne saurait, au reste, appliquer à la lettre, dans l'hypothèse qui nous occupe, les mesures prescrites par l'article 618 (1), car le législateur en les édictant n'avait assurément pas en vue un droit de jouissance constitué sur un ouvrage littéraire ou artistique. Si le juge déclare l'éditeur déchu de son droit parce qu'il en a fait abus, la vente des exemplaires imprimés lui sera aussitôt interdite, sous peine d'être poursuivi en contrefaçon ; seul, l'auteur peut désormais faire la publication et céder ce droit à un autre éditeur. Ajoutons enfin que parfois l'équité exigera qu'il soit accordé à l'auteur une indemnité pour réparer le dommage qui a pu lui être causé par les changements apportés à son œuvre sans son consentement.

1. Code civil, art. 618. Les juges peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier ou à ses ayants causes, une somme déterminée jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser.

§ II. — *Du droit de publication.*

63. L'éditeur, qui n'a pas le droit de disposer, acquiert le droit de publication, c'est-à-dire un droit réel de jouissance sur l'œuvre.

Mais il est possible que ce droit ne lui soit pas transféré dans toute son étendue, et alors, dans la mesure où il n'est pas aliéné, il reste aux mains de l'auteur, qui pourra le céder ainsi restreint à un autre éditeur.

Lorsque le droit de publication est divisé de la sorte entre plusieurs personnes, il est fort important d'établir les limites du droit de chacun et cela est en même temps fort délicat. C'est là ce que nous allons rechercher.

Auparavant, il convient d'établir une distinction : nous ne nous occupons ici que des limitations proprement dites du droit de jouissance, non des conditions de la publication. Ainsi, le prix des exemplaires, le format dans lequel se fait la publication, les caractères d'imprimerie que l'on emploie, voilà des conditions de la publication, qui peuvent faire l'objet d'un accord entre les parties, sans que l'éditeur ait cependant un droit privatif plus ou moins étendu. Au contraire, s'il est entendu d'une façon expresse ou tacite que l'éditeur n'aura la faculté de publier qu'un certain nombre d'éditions, si l'on fixe le nombre d'exemplaires composant chaque édition, il s'agit vraiment alors d'une limitation apportée au droit de publication. Et voici l'intérêt de cette distinction : si l'on empiète sur le droit acquis par l'éditeur, ou si l'éditeur outre passe son

droit, il pourra poursuivre ou être poursuivi en contrefaçon ; si les conditions de la publication ne sont pas respectées par l'éditeur, il y aura lieu seulement à résolution du contrat pour inexécution des obligations.

Cela dit, quelles sont donc les limitations possibles du droit de publication ? A moins qu'il n'ait été dit expressément que le droit de publication était cédé dans toute son étendue, il est nécessaire de rechercher les règles d'interprétation qu'il convient de poser à ce sujet, soit que les parties aient complètement gardé le silence, soit que la convention conclue par elles n'ait pas tout réglé.

64. En principe, lorsqu'une personne cède un droit à une autre personne, il faut présumer que le droit tout entier est cédé, à moins que la cession ne soit faite à titre gratuit. Ce principe n'est pas énoncé formellement au Code, mais il en est fait application en matière de vente, et l'on sait que le contrat d'édition participe le plus souvent de la nature de la vente. Il est dit, dans l'article 1602, que le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige, et que tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre lui (1). Mais ce n'est là qu'un principe général, et il peut y être dérogé lorsque l'usage le réclame, lorsqu'il est évident que dans l'intention des parties l'aliénation n'était pas faite sans restriction.

Ainsi, tout le monde reconnaît que, lorsqu'un auteur dramatique offre à un éditeur de lui céder ce qu'il appelle la propriété de ses œuvres, l'éditeur n'acquiert,

1. V. Blanc, p. 107. Pouillet, nos 25 et 251. Cf. Renouard, t. II, p. 280. V. Seine, 21 mars 1839, Gaz. trib. 22 mars.

malgré l'obscurité de ces expressions, que le droit de publication, non le droit de représentation (1).

65. Lorsque le contrat ne fixe pas le nombre d'éditions que l'éditeur pourra publier, que décider ? Y a-t-il lieu de déroger ici à la règle générale que nous venons d'énoncer ? Plusieurs législations étrangères établissent cette dérogation. Si la loi prussienne et la loi autrichienne (2) permettent dans le doute à l'éditeur de publier un nombre indéfini d'éditions, il n'en est pas de même des lois de Saxe (3) et de Bade (4), de Hongrie (5) et de Suisse (6), qui restreignent le droit de l'éditeur à une seule édition. Cette règle est admise par la plupart des jurisconsultes allemands comme la plus raisonnable et la plus conforme aux usages répandus en Allemagne. Nous pensons aussi qu'il est juste de l'adopter en France.

L'auteur, lorsqu'il traite avec un éditeur, a un grand intérêt à n'aliéner que le droit de publier une seule édition ; car, suivant le principe établi plus haut, il perd, tant que le contrat subsiste, la faculté de corriger, d'a-

1. En ce sens, Renouard, t. II, p. 280. Lacan et Paulmier, t. II, p. 208. Gastambide, n° 233.

2. Allg. preuss. Landrecht, 1013. Oesterreich. bürgerl. Gesetzgebuch, 1164, 1167. Ces deux lois tempèrent la règle qu'elles établissent : l'auteur pourra publier ailleurs une édition modifiée, pourvu qu'il ne reste pas d'exemplaires en magasin chez l'éditeur.

3. Code civil de Saxe, art. 1142.

4. Code civil de Bade. Livre II, titre II, ch. 6, 577, de.

5. Code de commerce hongrois, art. 522.

6. Code fédéral des obligations, 377. V. encore la loi de Bavière, art. 1 et l'ordonnance de 1827 pour le duché d'Anhalt Dessau, § 2 et § 3.

méliorer son œuvre, et il est à présumer qu'il ne veut pas, autant que possible, se priver de cette faculté dans l'avenir. Il sera donc nécessaire, à nos yeux, lorsque le contrat primitif n'aura pas fixé le nombre des éditions, de passer un contrat nouveau pour chacune des éditions qui suivent la première (1).

66. Si dès l'origine, ou par des traités successifs, les parties conviennent qu'il sera publié plusieurs éditions, on suivra pour toutes les éditions les règles qu'elles ont établies pour la première, ou, dans le doute, les règles que nous allons tracer, quant au nombre des exemplaires et autres questions qu'il nous faut maintenant examiner.

67. Le nombre des exemplaires, quand les parties ont gardé sur ce point le silence, est fixé à mille par la loi saxonne. Cette disposition nous semble sujette à critique : est-il rien de plus variable, selon la nature et la valeur de l'ouvrage, selon le temps et le lieu de la publication, que le nombre des exemplaires que comporte une édition ?

En France et dans tous les pays où la loi n'a rien prescrit à ce sujet, nous pensons que le mieux est de consulter d'abord les usages du commerce, et, s'ils ne présentent pas un caractère suffisamment fixe, de laisser

1. V. Wächter, p. 237. Klostermann, t. 1 p. 299 et 340. Renouard, t. II, p. 280. Calmels, p. 396. *Contrà*, Blanc, p. 107. Pouillet, n° 250. Sur la solution que cette question a reçue en Angleterre, V. Godson, p. 429, note e ; là encore le droit de l'éditeur est restreint dans le doute, à une seule édition,

toute liberté à l'éditeur ; car il sait mieux que personne ce qu'il pourra écouler d'exemplaires, et son intérêt lui servira de guide (1).

Cependant, l'éditeur va-t-il pouvoir, en multipliant indéfiniment le nombre des exemplaires, rendre illusoire le droit de l'auteur relativement aux éditions postérieures à la première ? Comment établir la limite qui sépare une première d'une deuxième édition ?

D'ordinaire, l'éditeur fixe à l'avance le nombre des exemplaires qu'il veut imprimer ; puis, la publication faite, la composition qui a servi à l'impression est abandonnée, et les caractères sont dispersés. On distingue aisément en ce cas les éditions successives, et, comme les caractères s'usent assez vite, il n'est pas à craindre que l'éditeur imprime un nombre exagéré d'exemplaires.

La faculté que nous lui accordons de fixer le nombre des exemplaires à son gré deviendrait dangereuse, s'il avait recours au procédé du clichage. Mais, d'abord, l'usage ne permet pas chez nous qu'un ouvrage soit cliché sans l'autorisation de l'auteur ; on peut dire que cette interdiction est une clause tacite sous-entendue dans tout contrat d'édition.

Si l'éditeur a été autorisé à se servir de ce procédé d'impression, qui permet, comme on sait, de tirer une quantité très considérable d'exemplaires, il faudra rechercher, dans le cas où l'auteur n'a cédé le droit de publication que pour un nombre limité d'éditions, une règle qui sauvegarde les intérêts de ce dernier.

1. V. le Code de Saxe, art. 1142, Wächter, p. 269.

Klostermann dit qu'une édition devra être considérée comme terminée, lorsque l'éditeur interrompt l'impression sans qu'il ait l'intention de la recommencer dans un court délai (1).

Selon Wächter, l'éditeur pourra être contraint de fixer d'une manière invariable le nombre d'exemplaires qu'il compte publier (2). Peut-être est-ce là la meilleure règle ; si l'éditeur refuse de faire lui même cette fixation, les tribunaux s'en chargeront (3).

Ce que nous venons de dire ne s'applique qu'aux œuvres littéraires. Pour les compositions musicales, que l'on fait graver, une édition s'entend de l'épuisement par des tirages successifs des planches d'étain que l'on emploie (4). De même, s'il s'agit d'une gravure faite d'après un tableau, l'éditeur, dont le droit est limité à une édition, conserve le droit d'exploiter l'œuvre, tant que la planche n'est pas usée.

68. Le droit de publication cédé à l'éditeur peut être restreint quant au mode de la publication. Il est donc important de bien distinguer un mode de publication d'un autre, pour savoir jusqu'où s'étend sous ce rapport le droit de l'éditeur cessionnaire ; ce qui fait, en règle générale, la distinction, c'est que l'œuvre mise au jour sous une certaine forme, a dans le commerce, en raison de cette forme même de la publication, une va-

1. V. Klostermann, t. I, p. 341.

2. V. Wächter, p. 372.

3. V. Seine, 3 mars 1887. Gaz. trib. 11 mai 1887.

4. Seine, 16 déc. 1857. Pataille, 1857, p. 463.

leur toute spéciale. On s'en rendra mieux compte par des exemples.

Considérez les œuvres artistiques. Le compositeur de musique peut céder à l'un le droit d'éditer la partition pour orchestre d'un opéra qu'il a composé, à l'autre la partition pour piano. Un éditeur acquiert le droit d'exploiter un tableau par la gravure sur bois, un autre par la gravure sur cuivre, un troisième par la lithographie ou la photogravure. Grâce à l'emploi de ces procédés bien distincts, le droit de chacun est parfaitement délimité. Le peintre, qui a aliéné au profit d'un éditeur le droit exclusif de graver son tableau, peut assurément en faire une répétition, c'est-à-dire le recommencer pour en corriger quelque détail, ou même sans le modifier en aucune façon. Nous en dirions même autant si, aux termes du contrat, l'éditeur avait acquis le droit de reproduire l'œuvre et d'en tirer profit par tous les moyens possibles. Car les parties n'ont eu évidemment en vue que les moyens de reproduction usités dans le commerce, et ce caractère n'appartient pas aux copies que l'auteur fait lui-même (1).

M. Pouillet se demande si l'éditeur, cessionnaire du droit de reproduire un tableau par la lithographie, pourrait faire graver la lithographie dont il a la propriété. Peu importe, croyons-nous, que la gravure soit faite d'après la lithographie ou le tableau lui-même ; il est certain que l'auteur n'a pas voulu aliéner le droit de graver son

1. V. Pouillet, n° 306. Gastambide, p. 318. Calmels, p. 408. Dalloz, v° Prop. litt., n° 282.

œuvre, et il serait injuste de permettre à l'éditeur d'user d'un procédé différent de celui que les parties avaient en vue (1).

S'il s'agit d'œuvres littéraires, la question que nous étudions est souvent difficile à résoudre. Il est certain que si l'auteur confie à un éditeur le soin de faire de son livre une édition de luxe, avec des illustrations, il garde le droit de publier ailleurs le même écrit sous forme d'édition populaire, sans que l'éditeur puisse prétendre qu'il a été porté atteinte à son droit et intenter une poursuite en contrefaçon. Il nous paraît également hors de doute que l'éditeur qui a acquis le droit de publier en volume un roman ne doit pas le faire paraître en feuilleton dans un journal.

Voici maintenant une question plus délicate. Si l'éditeur s'est rendu maître du droit de publier successivement les œuvres séparées d'un auteur, dira-t-on qu'il peut publier ses œuvres complètes ?

Non, selon nous, parce qu'il faudrait ajouter un titre qui s'appliquât à l'ensemble des écrits publiés, et que l'éditeur n'est pas libre, en principe, de faire aucune addition ni changement. D'ailleurs, si l'éditeur n'a pas le droit de faire la publication des œuvres complètes, il n'en résulte pas que ce droit soit toujours réservé à l'auteur. Ce droit lui appartient seulement lorsqu'il y a eu convention formelle à cet égard, ou lorsque l'usage le prescrit ; ainsi, il est admis dans le commerce que les auteurs dramatiques, en cédant le droit de publier sépa-

1. V. Pouillet, n° 248. Seine, 13 janvier 1865, Pataille, 65, 249. Seine, 21 mars 1865, Pataille, 65, 250.

rément chacune de leurs pièces, n'aliènent pas celui de mettre au jour une édition de leurs œuvres complètes. Telle est la limite du droit de l'éditeur des œuvres séparées.

D'autre part, il est interdit à l'éditeur des œuvres complètes de publier chaque œuvre séparément ; et ce droit reste à l'auteur, pourvu que cela résulte nettement du contrat ; car, suivant le principe général posé plus haut, ce qui est ambigu s'interprète contre celui qui aliène un droit (1).

69. Il peut être décidé au contrat que l'éditeur n'aura le droit de publier l'œuvre cédée que dans un pays déterminé. Cette hypothèse, il est vrai, est peu pratique, car l'on ne saurait empêcher que des exemplaires de l'œuvre, vendus nécessairement par l'éditeur au premier venu, ne soient ensuite débités en d'autre pays que celui dont les parties contractantes avaient parlé ; tout au moins l'éditeur doit s'abstenir de favoriser ce débit volontairement, lorsque son droit est ainsi restreint. Dans le doute, cette restriction insolite ne doit pas être présumée.

70. A qui appartient le droit de traduction à défaut de convention spéciale ? Nous n'hésitons pas à dire que ce droit est réservé à l'auteur. L'éditeur ne peut pas exiger que l'auteur fasse lui-même une traduction ou charge une autre personne de la faire sous sa surveillance ; car l'auteur n'a contracté un engagement de cette espèce ni

1. Renouard, t. II, p. 316. Wächter, p. 314 et suiv. Seine, 12 mars 1836. Dall., 1836, 2, 109. Seine, 24 février 1847, Dall. 1847, 3, 69.

en termes exprès ni tacitement. L'éditeur ne peut pas davantage entreprendre, sans l'aveu de l'auteur, la publication d'une traduction. Car il est essentiellement de l'intérêt de ce dernier que son œuvre ne soit pas dénaturée, que le mérite n'en soit pas gravement compromis par une traduction mauvaise ; il risquerait de perdre ainsi le bénéfice du succès auquel il a droit. Il convient donc d'interpréter à ce point de vue le contrat d'une façon restrictive.

71. Il arrive enfin que le contrat limite, par l'établissement d'un délai, la cession du droit de publication.

Sur l'interprétation de cette clause, il s'élève parfois d'assez graves difficultés. En principe, le droit de publication exclusif ne durera que pendant ce délai ; mais l'éditeur gardera ensuite la faculté d'écouler les exemplaires qu'il a encore en magasin, que le contrat ait déterminé le nombre des exemplaires qui seront publiés, ou que rien n'ait été convenu à ce sujet. Ainsi, lorsqu'il est dit que l'éditeur jouira du droit de publication pendant un an et qu'il pourra publier mille exemplaires, l'auteur est libre, l'année écoulée, de passer un contrat d'édition avec un autre éditeur, relativement à la même œuvre, et l'éditeur est autorisé à continuer la vente jusqu'à complet épuisement des exemplaires imprimés. Ce serait, croyons-nous, traiter trop rigoureusement l'éditeur que de ne pas lui laisser cette faculté ; il est probable

qu'il n'eût pas consenti en général à restreindre ses droits par la fixation d'un délai, s'il avait pensé que l'effet de cette convention dût être aussi gravement préjudiciable à ses intérêts.

Il va de soi que la fixation d'un délai a pour conséquence de permettre à l'éditeur de publier, pendant que ce délai court, autant d'éditions qu'il est nécessaire pour satisfaire aux demandes des acheteurs ; mais l'éditeur dépasserait son droit s'il multipliait outre mesure le nombre de ces éditions, pendant que le droit exclusif de publication lui est réservé, afin qu'il lui fût possible de tirer plus tard profit de cet amas considérable d'exemplaires qu'il a en magasin et qu'il continue, en principe, à pouvoir écouler.

72. Nombre des éditions, nombre des exemplaires, mode de la publication, lieu de la publication, droit de traduction, durée, nous avons examiné à tous ces points de vue comment le droit de l'éditeur pouvait être limité et quelles règles d'interprétation il convenait de formuler à cet égard. Il nous reste à présenter quelques observations relativement à la publication d'un ouvrage dans un recueil d'écrits dus à différents auteurs, un journal par exemple.

L'éditeur d'un journal, d'une revue, a conclu un contrat d'édition avec un auteur ; le droit qu'il acquiert est évidemment restreint quand au mode de la publication ; c'est seulement sous forme d'article dans le journal ou la revue qu'il dirige que l'écrit pourra être publié. L'auteur, même sans convention formelle, garde le droit de

faire paraître son œuvre sous tout autre forme. Mais sera-t-il libre d'user aussitôt de ce droit ? Nous ne le pensons pas. L'usage s'y oppose avec raison. Cette publication immédiate nuirait parfois aux intérêts du journal ; ainsi la publication en feuilleton d'un roman peut attirer beaucoup d'acheteurs, dont le nombre décroîtrait singulièrement si, au même moment, ce roman était sous une autre forme répandu dans le public. Il faut présumer que tacitement l'auteur s'engage à ne pas faire paraître ses œuvres en volume avant que la publication n'en soit achevée dans le journal ou la revue ; il est tenu d'une obligation de ne pas faire, voilà la meilleure explication juridique de la règle qu'il est nécessaire de poser pour garantir équitablement les intérêts de l'éditeur. Si l'auteur manque à cette obligation, il pourra être condamné à réparer le dommage causé, la résiliation du contrat pourra être prononcée ; mais il ne saurait être en ce cas coupable de contrefaçon, car il n'a fait qu'user de son droit, en dépit de l'engagement contraire qu'il est réputé avoir pris (1).

73. Lorsque le droit de publication qui appartient à l'éditeur reçoit les diverses limitations que nous venons d'indiquer, l'auteur a pour défendre le droit qui lui reste,

1. V. Pouillet, n° 244, Blanc, p. 76. Wächter, p. 304. Seine, 27 janvier 1834, Gaz. trib., 3 janv. Certaines lois fixent un délai pendant lequel l'article ne pourra être reproduit ailleurs par son auteur après la première publication. Ainsi, la loi suisse (art. 376) parle d'un délai de trois mois pour les articles d'une certaine étendue. La loi de 1839 pour le grand duché de Hesse (art. 3) exige même que l'auteur ne publie pas ailleurs son œuvre pendant deux ans.

outre une action fondée sur l'article 1382, la faculté d'exercer des poursuites en contrefaçon. Il a cette faculté à l'égard de tous, à l'égard de l'éditeur, auquel il a cédé une partie de ses droits, comme à l'égard du premier venu. Il ne lui est pas nécessaire de prouver qu'un dommage lui a été causé, dans l'opinion générale, car il s'agit d'une question de propriété ; il lui suffira de faire la preuve de son droit exclusif. L'éditeur qui viole la convention conclue ou les règles d'interprétation que nous avons énoncées, relativement au nombre des exemplaires (1), par exemple, ou au mode de publication, se rend coupable de contrefaçon, pourvu cependant que la mauvaise foi, condition essentielle du délit, soit démontrée (2). L'auteur, d'ailleurs, peut encore, s'il le préfère, demander qu'il soit mis fin au contrat pour abus de jouissance. Nous avons expliqué plus haut que l'auteur avait la faculté, par ce moyen et en invoquant ce motif, de préserver contre toute atteinte son droit de disposer ; il y a lieu d'appliquer la même règle, qui se justifie de la même manière, s'il s'agit d'une atteinte portée par l'éditeur, cessionnaire pour partie du droit de publication, au droit que l'auteur s'est réservé.

74. L'auteur qui ne respecterait pas le droit cédé commettrait, de son côté, une contrefaçon. Ce droit ne lui appartient plus ; il ne lui est pas plus permis qu'à quiconque de l'usurper. L'auteur ne sera condamné, en gé-

1. *Contrà*, Seine, 18 octobre 1843, Sirey, 44, 2, 13.

2. *V.* Seine, 21 mars 1865. Pataille, 65, 250, Seine, 15 mai 1868, Pataille, 68, 184.

néral, que comme complice ; car il est difficile de supposer qu'il ait publié lui-même, et la publication aura lieu à la suite d'un contrat qu'il aura conclu avec un éditeur, en faisant croire à celui-ci qu'il a conservé la pleine propriété de son œuvre. Peu importe la bonne foi de l'éditeur, auteur principal du délit de contrefaçon ; le complice, selon les principes du droit pénal, peut être condamné, bien que l'auteur principal soit acquitté pour sa bonne foi (1).

§ III. — *Qui profite des lois nouvelles et des traités diplomatiques ?*

75. C'est ici le lieu d'examiner deux questions qui doivent se résoudre par l'application des mêmes principes et que pour cette raison nous ne séparerons pas. On sait que la propriété des auteurs est restreinte dans notre législation sous le rapport de la durée, et que tous les pays ne reconnaissent pas en cette matière le droit des personnes de nationalité étrangère : devra-t-on dire, lorsqu'une loi nouvelle aura prolongé la durée du droit d'auteur, ou qu'un traité diplomatique aura déclaré que les œuvres de nos auteurs seraient protégées dans un autre pays que le nôtre, devra-t-on dire que le bénéfice de cette loi, de ce traité appartiendra à l'auteur ou à l'éditeur cessionnaire du droit de publication ? Ce problème est important au point de vue pratique aussi bien que théori-

1. V. Pouillet, n° 491. Pataille, 62, 228, note 2. Seine, 5 août 1846, jugement cité par Blanc, p. 95. Seine, 21 juillet 1852, jugement cité par Blanc, p. 94.

que ; les tribunaux ont eu déjà plus d'une fois à le résoudre en France.

76. Tout le monde admet que, quand l'objet d'un droit de propriété reçoit une plus-value commerciale, c'est le propriétaire actuel qui peut en réclamer le bénéfice, comme il doit aussi supporter une diminution de valeur ; nous pensons qu'il faut dire de même que le sujet actuel d'un droit souffre ou profite d'un changement dans la législation ou les traités, par l'effet duquel ce droit est étendu ou restreint. Nous n'avons à nous occuper que du droit de propriété des auteurs. Pourquoi celui de qui l'éditeur cessionnaire tient le droit de publication mériterait-il plus que lui de profiter d'une loi nouvelle ou d'un traité diplomatique favorable ? Quel titre pourrait-il invoquer ? Ces avantages nouveaux, non plus que la propriété intellectuelle elle-même, ne sont un privilège accordé à l'auteur en raison des services qu'il rend, et qui doit par suite lui être réservé. Cette théorie, si on la suppose exacte, ne pourrait d'ailleurs être invoquée en faveur des héritiers, et si l'auteur d'un ouvrage en avait cédé la pleine propriété à une personne qui aurait elle-même transféré à un éditeur le droit de le publier, dirait-on que l'extension du droit doit profiter à cette personne ou à l'auteur ?

77. La doctrine contraire à celle que nous soutenons entraînerait d'autre part des conséquences telles qu'on ne saurait hésiter à la repousser. Si ce n'est pas l'éditeur qui a droit au bénéfice d'un changement de législation, d'un

traité diplomatique, il sera juste et logique d'admettre qu'il ne doit pas non plus en souffrir ; et ce résultat sera obtenu si l'on déclare le contrat rompu ou si l'on diminue le prix promis par l'éditeur à l'auteur. Mais alors, le contrat n'aura pas produit ses effets naturels, on n'aura pas tenu compte du caractère définitif que les parties ont voulu donner au contrat quand elles se sont liées d'un commun accord ; quel trouble jeté dans les relations entre les auteurs et les éditeurs !

78. D'ailleurs, pour que les tribunaux pussent ainsi réviser les conventions dont nous parlons, il serait nécessaire que le législateur le leur eût permis expressément. On ne saurait, quoi qu'on en ait dit (1), appliquer ici l'article 1618 du Code civil, selon lequel une diminution de prix ou une augmentation peut être exigée quand la chose aliénée n'est point de la contenance que le vendeur avait affirmée ; le motif de cette disposition est qu'une erreur vicie le contrat, et dans l'hypothèse que nous envisageons, au contraire, il n'y a pas eu erreur, car c'est la propriété de l'auteur dans son état actuel que les parties ont considérée, non les changements qu'elle pouvait subir plus tard !

79. Remarquez encore qu'il faudra dire dans la doctrine contraire que l'éditeur ne pourra continuer à exploiter l'œuvre cédée, après l'expiration du délai pendant lequel la loi, au moment où il a contracté, protégeait la propriété intellectuelle. Car un autre aurait dès ce mo-

1. V. Rendu et Delorme, n° 778.

ment le droit de publication exclusif, selon la législation nouvelle. Or l'éditeur a dû compter que l'œuvre tomberait dans le domaine public, et qu'il profiterait, par exemple, des planches qu'il a fait graver pour en tirer des exemplaires et les vendre. On lui fait donc tort, et comment y remédier ? A moins que la loi qui prolonge la durée du droit d'auteur ne le déclare, on ne saurait prétendre que par une faveur particulière l'éditeur puisse continuer l'exploitation de l'œuvre cédée ; il faudrait, pour qu'il en eût le droit, que l'auteur se fût engagé à le faire jouir de l'œuvre dans l'hypothèse que nous indiquons, et les parties n'ont en général envisagé ni l'une ni l'autre une telle éventualité.

80. On est généralement d'avis qu'il convient d'appliquer les principes que nous venons d'établir, lorsqu'il s'agit de savoir si c'est à l'éditeur cessionnaire ou au cédant qu'un traité diplomatique nuira ou profitera (1). Mais il y a bien plus de divergence dans la doctrine, lorsque la question se pose à propos de la prolongation, édictée par une loi, de la durée du droit d'auteur. Et certes la question, ainsi posée, est plus délicate ; il se peut qu'il y ait lieu de se demander si le législateur n'a pas voulu se montrer favorable aux auteurs et à leurs héritiers plutôt qu'aux éditeurs ; c'est pourquoi nous devons examiner les diverses lois qui ont prolongé la durée du droit d'auteur.

Nous n'avons pas à considérer sous ce rapport la loi de 1793. Cette loi, selon le tribunal de Cassation, s'appli-

1. Rendu et Delorme, n° 787, Pouillet, n° 258 *bis*.

quait seulement aux ouvrages dont les auteurs avaient encore la propriété, et les droits des cessionnaires antérieurs devaient être réglés par la législation ancienne. (1).

Les lois de 1810 et de 1854 modifièrent le délai pendant lequel est protégée la propriété intellectuelle. Les tribunaux appelés à résoudre le problème qui nous occupe adoptèrent la doctrine contraire à celle que nous avons exposée. (2).

Nous ne voyons pour notre part aucune raison de déroger ici à des principes qui nous ont paru incontestables.

81. Il y a lieu d'hésiter davantage en ce qui concerne la loi de 1866. Il est bien certain que les auteurs de cette loi s'étaient proposé d'abord d'en refuser le bénéfice aux cessionnaires. L'article 2 avait été à l'origine rédigé en ces termes : « Les héritiers jouiront des avantages que la loi accorde après l'expiration des traités de cession en vigueur et qui n'auraient pas réservé expressément pour le cessionnaire le bénéfice de l'extension éventuelle du droit. » Il arriva qu'ensuite le mot *expressément* fut retranché. La commission l'avait inséré dans le texte de la loi pour se conformer à la jurisprudence de la Cour de Paris ; mais la Chambre demanda sa suppression. « Si le contrat disait le rapporteur, est complètement muet sur

1. Cass. 29 prairial an XI et 16 Brum. an XIV (Dalloz, v. Prop. litt., n° 323).

2. Seine, 2 mars 1822, jugement cité par Renouard, t. II, p. 364. Seine, 5 janvier 1831, Gaz. trib. 8 janvier. Seine, 12 juillet 1852, Dalloz, 54, 2, 225. V. Pataille, 67, 224. Worms, t. I^{er}, p. 59. Gastambide, p. 166. Renouard, t. II, p. 261. Locré, v. Prop. litt., n° 25.

l'éventualité d'une extension de délai, la loi maintient en principe aux héritiers la prorogation du droit, mais les magistrats demeurent les souverains appréciateurs du sens et de la portée du contrat. » L'intention du législateur de 1866 paraît donc bien claire. Mais l'article 2, après avoir été ainsi modifié, fut ensuite rejeté à cause d'une autre disposition qu'il contenait et parce que le règlement de la Chambre exigeait, pour que cette disposition fût supprimée, qu'elle rejetât intégralement ou l'article 2 ou la loi elle-même. Cela dit, qui, de l'éditeur ou des héritiers de l'auteur, doit profiter de la loi de 1866 ? Peut-être faut-il faire fléchir les principes généraux qui nous ont paru commandés par la raison, en considération de l'intention manifeste du législateur ; les travaux préparatoires nous révèlent l'esprit de la loi d'une façon assez claire pour qu'il soit impossible de n'en pas tenir compte. Ajoutons que, bien entendu, comme disait le rapporteur dont tout à l'heure nous citons les paroles, le juge devra se demander d'abord si la volonté des parties n'a pas été que l'éditeur bénéficierait de toute extension éventuelle du droit d'auteur. (1)

§ IV. — *Le droit acquis par l'éditeur est-il cessible ?*

82. Il nous faut encore rechercher si le droit qu'acquiert l'éditeur en vertu du contrat d'édition peut être

1. V. sur cette importante question une note de M. Lyon-Caen, *Journ. du Palais*, p. 330, 1875. Pouillet, nos 161 et suiv. Delalande, *Etude sur la propriété littéraire et artistique*, p. 41. Cass. 28 mai 1875, Pataille, 75, 193. Rouen, 25 février 1876, Pataille 76, 1, 113, etc.

cédé par lui à une autre personne sans le consentement de l'auteur. Wächter prétend que non ; en effet, dit-il, les obligations nées d'un contrat ne peuvent être transmises que de l'aveu du créancier, et la cession des droits n'est pas non plus admissible, lorsque les droits sont inséparables des obligations ; or, le droit de publication est inséparable de l'obligation de publier (1). Cette théorie, qui peut être parait juste au premier abord, est très contestable. Pourquoi l'éditeur ne serait-il pas libre d'aliéner le droit de publication et de charger un tiers de remplir à sa place ses obligations, dont il restera d'ailleurs tenu seul envers l'auteur ? Ce qui permet d'hésiter, c'est uniquement qu'on peut se demander si l'auteur en traitant n'a pas considéré d'une façon toute particulière la personne de l'éditeur auquel il s'adressait ; y a-t-il eu sous ce rapport *intuitus personæ*, voilà la seule question délicate à résoudre. Il arrivera quelquefois que l'habileté d'un éditeur relativement à certain genre de publication, la renommée de sa maison, donnent lieu de croire, même sans stipulation formelle, que l'auteur n'eût pas consenti à traiter s'il lui eût fallu permettre la substitution d'un autre éditeur à celui qu'il choisissait. Mais cette hypothèse est exceptionnelle, et, en règle générale, nous jugeons préférable de ne pas présumer qu'il y ait eu de la part de l'auteur *intuitus personæ*.

1. Wächter, p. 264. Au reste, Wächter apporte au principe qu'il pose une foule de tempéraments qui lui enlèvent une grande partie de sa valeur au point de vue pratique.

§ V. — *Du droit de poursuivre les contrefacteurs.*

83. On a vu maintenant à qui appartient la propriété intellectuelle d'une œuvre, lorsqu'à propos de cette œuvre est intervenu un contrat d'édition. Cette question résolue, nous ne saurions ici en passer sous silence une autre qui s'y rattache, la question de savoir qui a le droit de poursuivre les contrefacteurs.

La contrefaçon consiste à reproduire, à publier une œuvre dont un autre a la propriété. Celui qui peut se plaindre de la contrefaçon, c'est donc le propriétaire de l'œuvre ; (1) il faut seulement qu'il ait un intérêt né et actuel, car l'exercice de toute action est subordonné à cette condition.

84. Considérons maintenant l'éditeur et l'auteur qui ont passé ensemble un contrat d'édition. L'éditeur, en vertu du droit de publication exclusif qu'il a acquis, peut évidemment, tant que son droit subsiste, poursuivre les contrefacteurs ; son intérêt n'est pas nié. Quant à l'auteur, il a aussi sans aucun doute la faculté d'exercer les poursuites s'il n'a cédé qu'un droit limité quant au mode de publication ; il peut alors poursuivre ceux qui usurpent le droit qu'il a conservé. Mais suffit-il, pour dire que le droit de poursuite appartient à l'auteur, de faire

1. L'art. 6 de la loi de 1793 dit seulement que celui qui a mis au jour un ouvrage a le droit de poursuivre les contrefaçons ; l'art. 429 du Code pénal est plus net et parle clairement du propriétaire de l'œuvre.

valoir ce droit de disposer que le contrat d'édition ne lui a pas enlevé ? Nous le croyons ; de même un nu propriétaire pourrait intenter une action pénale fondée sur le vol. Mais, dira-t-on, quel intérêt né et actuel peut avoir l'auteur, dépouillé du droit de publication, à obtenir la condamnation pour contrefaçon ? Son intérêt est de plusieurs sortes. Si le contrefacteur mutilé, défigure son ouvrage, il a un sérieux intérêt moral à faire saisir les exemplaires contrefaits. D'autre part, il est lésé pécuniairement par la contrefaçon, lorsque, suivant la convention qu'il a conclue avec son éditeur, il doit lui être payé une certaine somme pour chaque édition nouvelle ou pour chaque exemplaire vendu. Enfin, lorsque le contrat prendra fin, et que le droit de publication lui fera retour, le nombre des acheteurs qu'il pourra trouver sera d'autant moins considérable que son œuvre aura davantage été répandue dans le public par les contrefacteurs ; il est vrai que, sous ce rapport, il y a lieu peut être d'hésiter à dire qu'il ait à la poursuite un intérêt véritablement *né et actuel*. (1)

1. *Contrà*, Seine, 6 avril 1850, Dall. 52, 2, 159. V. Pouillet, no 631 et suiv. Calmels, p. 390 et suiv.

CHAPITRE V

DES OBLIGATIONS DE L'AUTEUR.

85. L'auteur qui conclut avec un éditeur un contrat d'édition est tenu de livrer à celui-ci l'œuvre qui fait l'objet du droit qu'il aliène, et pour que cette obligation soit accomplie, il faut que remise soit faite à l'éditeur du manuscrit, du tableau, du modèle de statue que l'éditeur se propose de reproduire. Qu'on remarque bien qu'il s'agit d'une obligation de livrer ; nous allons de cette idée déduire des conséquences au point de vue des moyens de sanction qu'il convient ici d'appliquer. Si l'obligation de l'auteur était une obligation de faire, il n'y aurait lieu, selon les principes généraux, qu'à une condamnation à des dommages-intérêts en cas d'inexécution. L'auteur étant tenu d'une obligation de livrer, on pourra l'y contraindre par tous les moyens possibles. Le manuscrit que l'éditeur a lu et sur la publication duquel on est tombé d'accord, sera saisi sur sa demande ; il sera permis encore de sténographier l'œuvre de l'auteur, s'il en est fait une lecture publique ou si elle est représentée comme pièce de théâtre, et par ces moyens divers l'éditeur sera mis à même de profiter du droit qui lui a été concédé. (1) Enfin

1. V. Nion, p. 295. Gastambide, n° 118. Pouillet, n° 288. Kloss-
termann, p. 354.

il restera toujours à l'éditeur une dernière ressource, il pourra réclamer une indemnité que l'on estimera en tenant compte du nombre d'exemplaires qui, selon les conjectures les plus probables, auraient été vendus, du prix que l'éditeur aurait payé à l'auteur, des frais de toute sorte qui auraient diminué ses gains. Il sera prudent pour l'éditeur de fixer par avance le montant de cette indemnité sous forme de clause pénale.

86. La question de savoir ce qui doit être livré ne soulèvera pas en général de difficultés. Il sera rare en effet que l'éditeur ait traité sans lire le manuscrit de l'œuvre qu'il doit publier, puisque nous ne nous occupons ici que de la publication d'une œuvre achevée. Ce qui a été mis sous les yeux de l'éditeur, voilà ce qui doit être livré. Il est possible d'ailleurs que l'œuvre ne soit pas absolument terminée, quand le contrat est formé ; il y manque, par exemple, une table de matières, une préface ; l'éditeur pourra réclamer ce complément, même en l'absence de toute stipulation spéciale, si l'usage le commande.

87. En principe, l'œuvre doit être livrée le plus tôt possible après la formation du contrat. Cependant il sera dérogé à cette règle en quelques cas particuliers. Ainsi, lorsqu'un écrit doit paraître par livraisons, on n'exigera la remise du manuscrit que par fractions successives, comme s'il s'agissait de publier chaque fois une œuvre différente. A plus forte raison en sera-t-il de même lorsque l'objet du droit de publication est un ouvrage considérable qui sera imprimé en plusieurs tomes séparés.

88. A cette première obligation de l'auteur s'en joint une autre, l'obligation de garantie. Il faut que l'auteur procure à l'éditeur la jouissance paisible et utile du droit qu'il lui a transmis.

La jouissance de l'éditeur peut être troublée par la publication que fait un tiers de l'œuvre cédée. Ce tiers commet une contrefaçon, dont l'auteur n'est évidemment pas responsable. Si c'est l'auteur lui-même qui usurpe le droit de l'éditeur, le trouble qu'il apporte à la jouissance de celui-ci sera également condamnable ; mais c'est encore parce qu'il s'est rendu contrefacteur, parce que l'acte qu'il a commis est un délit, cela n'est pas une conséquence de l'obligation de garantie qu'il a contractée.

Est-il interdit à l'auteur en tant que garant de faire concurrence à l'éditeur ? Supposez, par exemple, que le droit de l'éditeur soit restreint au point de vue du mode de publication ; l'auteur, usant des modes qui lui sont réservés, fera peut-être quelque tort à l'écoulement des exemplaires imprimés par l'éditeur. Cependant, l'éditeur n'aurait nul motif valable de se plaindre du dommage causé ; l'auteur n'a fait que mettre à profit le droit qu'il a gardé. D'autre part, l'auteur devrait-il s'abstenir de composer sur le même sujet, une œuvre différente de celle qu'il a cédée, en raison du préjudice que cette œuvre, si elle est supérieure à la première, portera peut-être à l'éditeur ? Non, selon nous, pourvu que l'œuvre nouvelle se distingue assez de la première, pour ne pas constituer une contrefaçon. En un mot, la concurrence, de quelque façon qu'elle se produise, n'est pas interdite à l'auteur en raison de

l'obligation de garantie ; elle ne lui est interdite qu'autant qu'elle a les caractères de la contrefaçon (1)

89. Si l'auteur de bonne ou de mauvaise foi a dit au contrat qu'il cédait un droit plus étendu que le droit qu'il avait réellement, ou un droit qui ne lui appartenait en aucune façon, il y aura lieu de le pour suivre à titre de garant. Ainsi, l'éditeur découvre qu'une autre personne, sans recevoir un droit exclusif, a été autorisée par l'auteur à faire la publication ; nous aurons plus tard l'occasion de montrer que l'accord intervenu dans cette hypothèse s'analyse en un contrat de louage de choses et que la cession du droit exclusif de publication n'a pas pour conséquence d'entraîner l'extinction des droits et obligations nés de ce contrat ; l'éditeur souffrira donc de ce chef un certain préjudice et il aura la faculté d'en demander réparation à l'auteur. La même faculté lui appartient s'il n'est qu'un second cessionnaire, et qu'il se voie opposer la preuve irréfutable d'une précédente cession ; même règle encore, s'il a cru acquérir le droit de publication selon tous les modes possibles, et qu'un mode particulier de publication eût été déjà aliéné au profit d'une autre personne. Pour apprécier la responsabilité de l'auteur, on suivra les principes posés par le Code civil au titre de la vente en cas d'éviction (2).

90. Nous avons dit que l'auteur devait procurer à l'éditeur la jouissance utile de l'œuvre cédée. Pour l'édi-

1. Gastambide, n° 114. Wächter, p. 281.

2. Code civil, art. 1626 à 1644.

teur, la jouissance n'a ce caractère d'utilité que si l'œuvre est susceptible d'être vendue, car il n'a traité que pour faire une affaire commerciale. Ici, c'est la théorie de la garantie des défauts de la chose vendue que nous devons appliquer. On tiendra compte des défauts qui rendent la chose absolument dépourvue de valeur vénale, ou qui en diminuent tellement la valeur que l'éditeur n'eût pas traité, s'il les avaient connus, ou eût traité en exigeant une diminution de prix.

Mais, si ces défauts étaient apparents, l'éditeur n'aurait droit à aucune réparation. Lorsque par exemple le contrat a pour objet une table de calcul, et que cette table, à cause des erreurs qu'elle contient, se trouve être d'un usage impossible, il sera juste de réclamer à l'auteur la réparation du dommage causé; car ces erreurs ne sauraient être découvertes sans un examen long et attentif par l'éditeur, elles constituent vraiment des défauts cachés. Au contraire, les erreurs commises dans un ouvrage de géographie ou d'histoire sont suffisamment manifestes, pour que l'éditeur qui ne les a pas remarquées soit inexcusable; nous en dirions autant, bien qu'ici l'on puisse hésiter davantage, des fautes qui déparent une traduction. Enfin, il va de soi que l'auteur est garant des qualités dont il a spécialement affirmé l'existence; il a certifié, par exemple, que son écrit était puisé à telle ou telle source, fait d'après des documents particuliers.

Pour savoir si l'œuvre est susceptible d'être vendue, on doit se placer évidemment au moment où le traité est passé entre l'auteur et l'éditeur. Lorsque des événements postérieurs mettent à néant la valeur vénale de l'œuvre,

l'auteur n'en est pas responsable ; l'éditeur en supporte les conséquences sans rémission.

Qu'on remarque encore que l'auteur en garantissant que l'œuvre a une certaine valeur commerciale, ne promet nullement qu'elle obtiendra un succès de librairie ; mais il serait responsable, s'il s'était porté garant de ce succès en termes exprès, et que l'évènement n'eût pas répondu à son attente.

CHAPITRE VI.

DES OBLIGATIONS DE L'ÉDITEUR

91. L'éditeur est, en premier lieu, tenu de faire la publication.

Posons ici deux règles générales. L'étendue de l'obligation de publier, que l'éditeur contracte, se mesure sur celle de son droit. Il n'est pas libre de ne pas exercer ou d'exercer incomplètement le droit de publication qui lui est transmis d'une façon restreinte ou sans limite. Telle est la première règle. La seconde, c'est que l'éditeur devra apporter à la publication ses soins d'une façon convenable, et sera responsable de sa faute légère *in abstracto*, suivant le principe, qui, dans l'opinion commune, est établi par l'article 1137 du Code civil, et auquel il n'y a ici aucune raison de déroger.

92. Il faut d'abord que l'éditeur fasse imprimer l'œuvre. Qui décidera du format, du papier, des caractères typographiques employés? Le plus souvent, les parties se seront entendues ensemble à ce sujet. Si elles n'ont rien dit, on s'en rapportera aux usages commerciaux; si les usages sont incertains, le soin de régler ces questions sera laissé à l'éditeur, qui, guidé par son

intérêt, saura mieux que personne ce qui peut convenir au public (1).

93. L'impression doit être faite correctement, toute faute doit en être absente; cependant il est inévitable que quelques erreurs subsistent parfois dans le texte, et l'auteur pourra seulement exiger en ce cas qu'elles soient signalées à la fin ou au commencement du volume, sous le titre *d'errata*.

Il est d'usage que l'auteur, au moins en ce qui concerne la première édition, corrige lui-même les épreuves. Il relève alors les fautes d'impression. Il lui est permis, d'après la règle que nous avons posée plus haut, de modifier même le texte dans une certaine mesure(2); mais alors, si ces modifications entraînent un supplément de frais, l'auteur devra en indemniser l'éditeur.

La correction des épreuves est un droit pour l'auteur, mais ne constitue pas pour lui une obligation. C'est pourquoi, s'il refuse de s'en charger, l'éditeur n'en sera pas moins tenu de fournir une impression correcte.

Il arrivera cependant, en certains cas exceptionnels, que l'auteur soit tenu de réviser lui-même l'impression, parce que lui seul en est capable; ainsi, l'ouvrage peut contenir des passages appartenant à une langue inusitée, pour la correction desquels l'éditeur serait fort embarrassé de trouver une personne ayant les connaissances nécessaires; il est donc naturel de supposer que l'auteur s'est engagé tacitement à ne pas refuser son concours indispensable en de telles hypothèses.

1. V. Paris, 5 août 1845, Blanc, p. 112. Paris, 30 déc. 1834. Gaz. trib., 31 déc. Paris, 9 août 1871. Pataille, 74, 93.

2. Voir plus haut, n° 56.

94. Si le contrat n'indique pas dans quel délai doit être faite l'impression de l'ouvrage, l'éditeur doit la commencer aussitôt que le manuscrit est remis, et la poursuivre sans interruption, jusqu'à ce qu'elle soit terminée. Si une partie seulement du manuscrit lui est livrée, on ne saurait exiger de l'éditeur l'exécution immédiate du contrat, à moins pourtant que l'auteur ne lui donne une sûreté qui lui garantisse suffisamment la remise du reste de l'ouvrage. Pour apprécier le temps que peut durer l'impression on tiendra compte naturellement de diverses circonstances, de l'étendue de l'œuvre, de l'urgence qu'il y a peut-être à la faire paraître.

95. L'impression terminée, l'éditeur doit répandre l'œuvre dans le public ; c'est alors qu'a lieu proprement la publication. L'éditeur fait les annonces préparatoires, il expose les exemplaires parus dans ses magasins, il en remet un nombre convenable aux libraires et commissionnaires, qui doivent servir d'intermédiaires entre lui et la foule des acheteurs. Il doit aussi en envoyer quelques-uns, suivant l'usage, aux journaux, aux critiques. En un mot il faut qu'il donne à l'œuvre toute la publicité nécessaire.

96. A défaut de convention spéciale, c'est à l'éditeur qu'il appartiendra de fixer le prix de vente, le prix fort et la remise que l'on a coutume de faire au profit des libraires et de certaines autres personnes. D'ailleurs il ne lui serait pas permis de fixer un prix trop élevé, parce que cela pourrait mettre obstacle à l'écoulement

des exemplaires, et alors, si l'auteur n'a cédé que pour un nombre limité d'éditions le droit de publication, ce droit tardant à lui faire retour, ses intérêts seraient lésés injustement.

Lorsque l'auteur et l'éditeur doivent partager les bénéfices de la vente, le prix ne sera déterminé que par un accord réciproque. L'auteur, en effet, a dans ce cas un très grand intérêt au succès commercial de l'entreprise ; et si l'on peut abandonner à l'éditeur qui, dans ce contrat participant de la société, joue un rôle analogue à celui d'un gérant, le soin de régler les autres conditions de la publication, la fixation du prix est chose trop importante pour que l'auteur n'y doive pas donner son consentement (1).

97. Si l'éditeur juge que les exemplaires qu'il a en magasin ne trouveront plus d'acquéreurs, il peut, sans consulter l'auteur, les vendre comme débris, comme maculature. Mais si l'on découvre qu'il s'est trompé, si de nouveaux acheteurs se présentent, il devra indemniser l'auteur du dommage causé. Il ne courrait aucun risque, s'il obtenait que l'auteur achetât au prix de la maculature tous les exemplaires en magasin ; le contrat prendrait alors fin du consentement des deux parties, et l'auteur serait libre, s'il croit encore possible la vente de ces exemplaires, d'en charger un autre éditeur (2).

98. S'il résulte du contrat que l'éditeur a le droit de

1. V. en ce sens, Klostermann, t. I, p. 363.

2. V. Wächter, p. 333. Klostermann, t. I, p. 362.

faire plusieurs éditions, il ne faut pas hésiter à dire qu'il a l'obligation, quand l'une est épuisée, de publier la suivante. L'étendue de son obligation, nous l'avons dit, se mesure sur celle de son droit, et cette règle paraît ici parfaitement conforme à l'intention des parties. On doit supposer qu'elles ont voulu que la publication fût aussi complète que possible ; et la publication ne sera complète que si l'on offre au public des exemplaires de l'ouvrage jusqu'au moment où la demande s'arrête.

Sauf convention contraire, on appliquera aux éditions nouvelles les mêmes règles qu'à la première, et notamment, si les parties avaient réglé, par exemple, certaines conditions de l'impression, on étendra ce qu'elles ont établi à toute publication postérieure.

L'éditeur devra commencer l'impression de l'édition nouvelle sitôt que la précédente est épuisée. Cette obligation doit être accomplie rigoureusement, surtout si le droit de publication, après qu'un nombre limité d'éditions aura paru, doit faire retour à l'auteur ; car en ce cas l'éditeur, s'il retardait la publication de l'édition nouvelle, pourrait porter préjudice à l'auteur (1).

99. Faut-il dire que l'éditeur est tenu de remplir toutes les formalités auxquelles est subordonnée la protection légale de la propriété intellectuelle, et que, s'il ne le fait pas, il est responsable envers l'auteur ? Est-il tenu de faire le dépôt ? Selon nous, le dépôt n'est qu'une formalité préparatoire à la poursuite en contrefaçon, qui

1. V. Paris, 24 avril 1837, le Droit, 26 avril. Gastambide, n^{es} 96 et 97.

peut être accomplie à toute époque, quoiqu'on l'ait contesté; la loi n'a prescrit aucun délai pour faire le dépôt, elle n'a pas dit qu'il dût précéder la publication, elle a dit seulement que celui qui met au jour un ouvrage ne pourra, faute de dépôt, être admis en justice pour la poursuite des contrefacteurs (1). S'il en est ainsi, l'éditeur en négligeant d'effectuer le dépôt ne nuit à personne, et, par suite, aucune obligation ne lui incombe à cet égard. La question est plus délicate, lorsque l'éditeur publie l'ouvrage dans un pays étranger, et que la législation de ce pays ne protège et ne reconnaît la propriété des auteurs que moyennant l'accomplissement de certaines formalités avant toute publication. En cette hypothèse, l'auteur a pu raisonnablement compter que l'éditeur, chargé de tout ce qui concerne la publication, ferait le nécessaire pour obtenir la protection légale; et, si la négligence de ce dernier lui cause quelque dommage, il sera juste de dire qu'il a le droit d'en demander la réparation.

99. A côté de l'obligation de publier, il en est une autre qui très souvent est mise à la charge de l'éditeur, mais qui n'est pas comme la première essentielle au contrat; nous voulons parler de l'obligation de payer une somme d'argent à l'auteur en échange du droit cédé. Cette obligation n'est pas même de la nature du contrat; en l'absence de convention spéciale, il n'y a pas lieu de

1. Loi de 1793, art. 6. V. Renouard, t. II, n° 248. Blanc, p. 140. Pouillet, n° 432. *Contrà*, Gastambide, p. 151. La jurisprudence est divisée sur cette question.

présumer qu'un tel engagement a été contracté par l'auteur, et les tribunaux n'ont pas à fixer le montant d'une dette qui n'existe pas. En effet si, l'auteur aliène le droit de publication, en retour l'éditeur promet de publier, et cette promesse est toujours pour l'auteur d'un certain prix, car la publicité donnée à son œuvre peut être l'occasion d'un succès, jeter de l'éclat sur son nom ; prétendre qu'il n'a pas entendu stipuler qu'un prix lui serait dû, ce n'est donc pas interpréter le contrat comme un acte à titre gratuit, ce qui serait contraire à ce principe de droit, que les actes à titre gratuit ne doivent jamais être présumés.

Au reste, il suffit, bien entendu, d'une convention tacite pour que l'auteur devienne créancier d'une somme d'argent. Ainsi, quand le directeur d'un journal aura annoncé d'une façon générale qu'il paierait telle somme aux rédacteurs, il n'est pas besoin dans le contrat passé avec l'un d'eux qu'il soit fait mention expresse d'une rémunération. Un éditeur, qui, après avoir publié la première édition d'un ouvrage, obtient le droit de publier la seconde, doit, sans stipulation spéciale, la même somme pour la seconde que pour la première. On dira encore que, quand un auteur a cédé un ouvrage à un éditeur moyennant un prix déterminé, il a droit pour un second ouvrage à un prix égal, pourvu toutefois que ces deux ouvrages soient de même nature et à peu près de même étendue. Si la créance d'une somme d'argent n'est pas niable, mais que le montant en soit indéterminé, les tribunaux en cas de désaccord entre les parties, auront à fixer ce qui est dû ; pour bien remplir cette tâche délicate, il faudra tenir compte de circonstances diverses, notamment

des bénéfices que l'auteur a pu tirer d'écrits antérieurs, il faudra consulter les usages du commerce.

100. Le mode suivant lequel la somme promise à l'auteur est fixée et l'époque où elle est exigible peuvent varier de mille façons. Si le droit de publication est cédé moyennant un prix unique, ce prix est payable dès le moment de la formation du contrat ; l'auteur, lorsqu'il ne lui est pas offert, a la faculté de refuser la remise du manuscrit à l'éditeur ; il convient en effet d'appliquer ici l'article 1612 du Code civil qui donne au vendeur le droit de rétention. Si une somme fixe est stipulée pour chaque édition, l'auteur peut réclamer celle qui correspond à la première édition, dès qu'il fait remise de l'œuvre cédée ; le prix fixé pour chacune des éditions suivantes sera échu, sitôt que l'impression en sera commencée. Si enfin une somme doit être prélevée au profit de l'auteur sur les bénéfices de la vente, la dette de l'éditeur sera réglée dans un délai convenable, que l'on déterminera, en l'absence de toute convention, d'après les usages du commerce.

La somme due à l'auteur est encore fixée parfois à tant par feuille, à tant par exemplaire imprimé. Il arrive alors que la convention dispense de toute redevance un certain nombre d'exemplaires que l'on appelle des *maines de passe* ; la raison de cet usage, c'est que presque toujours il y a dans une édition quelques exemplaires altérés qui ne peuvent être vendus, et qu'il en est d'autres dont l'éditeur ne tire aucun profit parce qu'il est tenu de les distribuer gratuitement.

101. L'auteur, en outre d'une rémunération pécuniaire, stipule souvent qu'il lui sera remis un certain nombre d'exemplaires, afin d'en faire la distribution gratuite. Il faut appliquer ici les mêmes principes qu'au cas précédent; à défaut d'une convention expresse ou tacite, l'éditeur n'aura pas à remettre des exemplaires à l'auteur, et celui-ci ne pourra s'en procurer qu'en les achetant.

D'ailleurs, il est naturel d'admettre qu'il aura le droit d'obtenir quant au prix les conditions les plus avantageuses; il profitera du rabais accordé aux libraires; on ne saurait penser que l'éditeur en contractant, n'ait pas entendu le traiter comme acheteur de la façon la plus favorable.

102. Il nous reste à parler d'une dernière obligation de l'éditeur; l'éditeur est tenu de mettre l'auteur à même de surveiller la publication et, à cet effet, de lui rendre des comptes. Cela est évident d'abord si le contrat participe de la société, un partage des bénéfices devant avoir lieu entre l'auteur et l'éditeur; l'éditeur en ce cas joue le rôle d'un gérant, il touche les recettes, il va de soi qu'il doit des comptes à son associé. Cela est encore vrai, selon nous, lors même que l'auteur ayant stipulé une somme fixe ou n'ayant droit à aucun honoraire, le contrat ne participe pas du tout de la société; l'auteur, si des comptes ne lui étaient pas rendus, ignorerait comment l'éditeur accomplit l'obligation qu'il a de faire tout ce qui se rattache à la publication, de répandre l'œuvre, de lui donner une publicité convenable (1).

1. Klostermann, t. I, p. 364. Le droit qu'à l'auteur de surveiller

Cette obligation de rendre des comptes, si elle n'est pas de l'essence du contrat, est au moins de sa nature. On doit présumer qu'elle existe, en l'absence de toute convention spéciale. Le grand intérêt qu'a l'auteur à savoir si la publication est faite d'une façon convenable, justifie parfaitement cette règle.

103. Quelle sera la sanction des diverses obligations de l'éditeur ? L'auteur, s'il n'en obtient pas l'exécution, peut d'abord demander la réparation du dommage causé. Puis, comme le contrat d'édition est synallagmatique, il il lui est permis de demander que le juge déclare le contrat résolu en vertu de l'article 1184 du Code civil. Ce n'est là que faire application des règles les plus simples du droit commun.

Ajoutons que l'on ne pourra contraindre *manu militari* l'éditeur ni à publier ni à rendre des comptes, car l'inexécution des obligations de faire (telle est la nature de ces deux obligations de l'éditeur) donne lieu seulement au paiement d'une indemnité.

la publication est reconnu par un jugement du tribunal de la Seine, 13 janvier 1875. Pataille, 75, 187.

CHAPITRE VII

FIN DU CONTRAT

104. Nous avons eu déjà occasion de montrer comment le contrat d'édition prend fin en raison de l'abus de jouissance ou de l'inexécution des obligations ; nous n'avons pas à y revenir. Mais il est encore beaucoup d'autres cas où le même effet est produit, et ce sujet offre assez de difficultés pour que nous devions y consacrer un examen attentif.

105. Le contrat d'édition prend fin quand il est pleinement exécuté par les deux parties. Ainsi, l'auteur a livré son œuvre et l'éditeur l'a publiée ; toutes les éditions pour lesquelles le droit de publication avait été cédé à l'éditeur sont épuisées, ou bien, si un délai avait été fixé, ce délai est expiré. L'auteur redevient alors maître de la jouissance exclusive de son œuvre, et il est libre de passer de nouveaux contrats pour en obtenir encore une fois la publication.

106. Le contrat d'édition subsiste évidemment malgré la mort de l'auteur. Les parties sont tombées d'accord sur une œuvre déterminée, l'auteur ne doit plus, en principe, y apporter des modifications et l'éditeur n'a pas la faculté d'en exiger ; qu'importe que l'auteur disparaisse ?

Ses droits et obligations seront transmis à ses héritiers.

Dira-t-on de même que la mort de l'éditeur n'est pas une raison suffisante pour que tous les effets du contrat s'éteignent ? La question est plus difficile à résoudre, mais nous n'hésitons pas à affirmer qu'en règle générale il ne convient pas au point de vue qui nous occupe, de tenir plus de compte de la mort de l'éditeur que de celle de l'auteur. Nous avons démontré ailleurs que les droits de l'éditeur sont transmissibles entre vifs, nous disons ici qu'à la mort de l'éditeur tous ses droits et obligations passeront à ses héritiers avec sa succession. Cela paraît tellement conforme à l'intention des parties que Wächter qui nie la transmissibilité entre vifs des droits et obligations nés du contrat, admet cette transmissibilité quand la question se pose à propos de la mort de l'éditeur (1).

Il arrivera, d'ailleurs, mais cette hypothèse est exceptionnelle, que l'auteur ait attaché une grande importance à l'habileté, au nom de l'éditeur avec lequel il traitait, que le contrat ait eu lieu de sa part *intuitu personæ* ; il sera juste, en ce cas, de reconnaître que le contrat prend fin sitôt qu'une autre personne a remplacé l'éditeur. Mais la règle générale, plus souvent applicable, subsiste, et nous devons l'étendre à une hypothèse analogue, celle où l'auteur avait contracté avec une société faisant le commerce de la librairie, qui se dissout et qui est remplacée par une autre ou par un seul individu (2).

1. Wächter, p. 367.

2. V. Rendu et Delorme, t. II, n° 794. Pouillet, n° 347. Cf. Renouard, t. II, n° 184. *Contrà*, Nion, p. 293.

V. Paris, 12 mars 1834, Dall., V. Prop. litt., n° 305.

107. D'un commun accord les parties peuvent résilier le contrat, avant qu'il n'ait produit tous ses effets. Ainsi l'impression n'est point encore commencée ; l'auteur mécontent de son ouvrage, préfère ne le point livrer à la publicité, et l'éditeur inquiet du succès commercial de la publication, regrette le traité qui a été conclu ; on conçoit que dans de telles circonstances les parties s'entendent pour déclarer le traité non avenu.

108. On s'est demandé si l'auteur pourrait par sa seule volonté rompre le contrat, en invoquant des scrupules de conscience. (1) Il semble d'abord que l'on ne puisse sans violer l'équité lui refuser cette faculté. Un écrivain a cédé sans restriction le droit de publier un roman licencieux ; plus tard, il déplore le mal dont cet écrit peut être la cause, et il voudrait empêcher qu'il n'en fût répandu des éditions nouvelles ; cette volonté fort louable ne mérite-t-elle pas d'être prise en considération ? Supposez encore que l'auteur d'un ouvrage de politique ou de philosophie regarde comme immorales et funestes les doctrines qu'il y a développées ; n'est-il pas juste qu'il lui soit permis d'en arrêter la publication ? Oui, l'équité l'exige ; mais l'équité n'est point ici d'accord avec les principes du droit. C'est un principe certain qu'une con-

1. V. Pouillet, n° 97. M. Pardessus permet à l'auteur de rompre le contrat. « Les tribunaux dit-il devront examiner si l'auteur a de justes motifs pour renoncer à publier son ouvrage, et s'il ne le publie ni directement ni indirectement, il ne devra d'indemnité qu'autant que l'acheteur aurait fait pour la publication des dépenses qui lui resteraient en pure perte, ou que, d'une autre manière, il éprouverait un tort réel. »

vention ne peut être rompue par la volonté d'une seule des personnes qui y ont pris part. Soutiendra-t-on que, dans l'hypothèse particulière que nous examinons, l'usage, l'intention des parties autorisent une dérogation à cette règle; mais l'usage ne s'est pas prononcé sur ce point, et il est clair que les parties en s'engageant ont entendu que les obligations nées du contrat seraient indépendantes de la volonté du débiteur. Nous croyons donc nécessaire au point de vue juridique d'interdire à l'auteur de rompre le contrat sans le consentement de l'éditeur, quoique les raisons qu'il fait valoir soient peut-être parfaitement respectables; il faudrait dans la loi une disposition spéciale pour réconcilier sur cette question le droit avec l'équité. (1)

La législation prussienne contient cette disposition spéciale (2). Il y est dit que, s'il arrive des circonstances ou des empêchements qui ne permettent pas à l'auteur de publier l'ouvrage promis, il peut renoncer au contrat. On admet qu'il faut que l'auteur invoque des raisons sérieuses, que les tribunaux en sont juges. En effet, si l'auteur était seul maître d'apprécier les raisons qu'il invoque, il lui serait trop facile de mettre fin à un contrat qu'il considère comme désavantageux, en se fondant sur des scrupules de conscience qu'il n'a jamais éprouvés. Ajoutons que la législation prussienne exige qu'une indemnité soit payée à l'éditeur pour réparer le dommage qu'il subit quand le contrat est rompu après l'impression commencée. Peut-être objectera-t-on que quiconque a un droit est

1. D'ailleurs, si l'ouvrage était tout à fait contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public, on sait que le contrat devait être déclaré nul. V. plus haut, n° 37.

2. Allgemeines Landrecht, art. 1005, 1006.

libre de l'exercer sans encourir la responsabilité du tort qui peut en résulter pour autrui: (1) mais, d'autre part, l'éditeur qui a compté sur la publication mérite bien qu'on ne néglige pas absolument ses intérêts, et cette solution, si elle n'est pas conforme à la rigueur des principes, a l'avantage de donner pleine satisfaction à l'équité. Nous n'adresserons donc sous ce rapport aucune critique à la législation prussienne. Mais nous ne la jugeons pas sans reproche à un autre point de vue : pourquoi n'admet-elle pas que l'auteur soit libre de renoncer au contrat même après que l'éditeur a commencé à répandre l'ouvrage dans le public ?

109. Si des événements se produisent qui rendent impossible à atteindre le but que s'étaient proposé les parties, il convient encore de décider que le contrat prend fin. Ainsi, le but principal en vue duquel l'auteur et l'éditeur ont traité est toujours de répandre l'ouvrage dans le public ; s'il arrive que l'ouvrage ne puisse plus trouver d'acheteurs, les droits et obligations nés du contrat s'éteindront. Cette hypothèse, il est vrai, se présentera rarement ; nous avons cité plus haut l'exemple d'une carte, qui perd toute son utilité, par l'effet d'un bouleversement politique ; le commentaire d'une loi deviendra également dépourvu en général d'intérêt et par suite de valeur commerciale, si cette loi est abrogée.

110. Si l'œuvre périt par la faute de l'une ou l'autre des parties, le contrat prend fin parce qu'il est impos-

1. Wächter, p. 390.

sible de l'exécuter ; mais la partie coupable doit réparer tout le dommage que l'autre subit. Quelles règles poser si la perte a lieu par cas fortuit ?

Supposons d'abord que le manuscrit qui doit être reproduit vient à périr par le feu, ou de tout autre manière, avant que l'impression soit achevée. En ce cas il paraît juste que l'auteur, s'il est en possession d'une copie, soit tenu de la livrer à l'éditeur. Et nous admettrons l'existence de cette obligation même si le manuscrit au moment où il périt était déjà aux mains de l'éditeur ; cela est nécessaire, pour que l'auteur ait pleinement accompli l'obligation qu'il a de faire remise à l'éditeur de l'œuvre cédée ; car ce qui doit être livré, c'est l'œuvre elle-même et la livraison n'est complète que quand le manuscrit est resté assez longtemps aux mains de l'éditeur pour qu'il ait pu en le reproduisant par l'impression, ou, s'il lui est interdit de le garder, en le faisant copier, assurer l'exercice de son droit de publication. (1) Ajoutons que si aucune copie du manuscrit n'existe, l'éditeur sera désormais libéré de l'obligation de publier, ce qui est évident, mais qu'il demeurera tenu de payer à l'auteur la somme fixée au contrat, à moins cependant que cette somme ne dût être prélevée sur les bénéfices éventuels de la vente ; en un mot, les risques sont à sa charge.

Lorsque les exemplaires imprimés périssent en tout ou partie dans les magasins de l'éditeur, a-t-il le droit de les remplacer en faisant un nouveau tirage, si l'on suppose que le nombre des éditions que le contrat lui concédait

1. Code féd. des oblig., art. 387, Code de comm. hongrois, art. 531.

était épuisé? Non, selon nous, car cela équivaldrait à l'impression d'une édition nouvelle. Pour la même raison nous dirons que si l'éditeur n'a pas épuisé son droit de publication, il ne peut faire un nouveau tirage sans payer la somme qui par hypothèse a été fixée pour chaque édition. Nous prétendons qu'un nouveau tirage équivaldrait à une édition nouvelle; en effet, l'éditeur, au moment où les exemplaires sont détruits, n'a-t-il pas épuisé son droit de publication relativement à l'édition dont ils font partie? Objectera-t-on qu'il est dur pour l'éditeur qui souffre un préjudice par l'effet de cet accident, de ne pouvoir le réparer dans une certaine mesure grâce aux bénéfices que lui procurera un tirage nouveau? Mais, si l'on dit que le tirage nouveau est permis à l'éditeur, il paraît juste d'admettre qu'en même temps qu'il en aura le droit, l'éditeur aura l'obligation de le faire; car l'étendue de son obligation suivant un principe posé plus haut, se mesure sur celle de son droit; (1) et alors n'arrivera-t-il pas souvent que ce devoir paraisse assez onéreux à l'éditeur pour qu'il préfère en règle générale n'avoir ni la faculté ni l'obligation de remplacer les exemplaires détruits? (2)

D'ailleurs, si la destruction fortuite des exemplaires se produit dans le court espace de temps qui suit l'impression et précède la mise en vente, nous reconnaissons volontiers que la réimpression ne constitue pas une édition nouvelle; car la publication, tant que la mise en vente n'a pas eu lieu, n'est qu'à moitié faite. En consé-

1. V. n° 89.

2. V. Klostermann, t. I, p. 370.

quence l'éditeur aura le droit et l'obligation de se mettre en mesure d'achever la publication.

111. Le contrat d'édition prend-il fin, quand l'éditeur est frappé d'une incapacité qui l'empêche de continuer à diriger lui-même sa maison de commerce. Non selon nous ; on sait en effet que l'auteur n'est pas réputé avoir considéré d'une façon toute spéciale la personne de l'éditeur auquel il s'adressait, peu importe donc que les obligations de l'éditeur, après qu'il est devenu incapable, soient remplies par un autre.

Il faut faire application du même principe lorsque l'éditeur tombe en faillite. Le fait que le syndic remplace l'éditeur dans la publication est sans importance. En outre, il paraîtrait véritablement injuste de frustrer les créanciers des bénéfices qui pourront être tirés de l'exploitation de l'ouvrage et viendront grossir l'actif de la faillite. (1)

L'auteur est parmi les créanciers du failli ; il est *dans la masse* et non pas créancier *de la masse*, suivant une distinction bien connue. La somme fixée au contrat, la publication ou, si elle n'est pas faite, des dommages-intérêts lui sont dûs par le failli ; il concourt avec les autres créanciers pour qu'il lui soit payé un dividende. Mais s'il passait un nouveau traité avec le syndic pour que son œuvre fût rééditée, il serait alors en vertu de ce dernier traité, créancier de la masse, et aurait droit à être payé avant les créanciers qui sont dans la masse.

1. V. Renouard, t. II, p. 324. Rendu et Delorme, n° 794. Blanc, p. 110. Pouillet, n° 348. — Seine, 26 janvier 1831, Gaz. trib. 29 janvier.

DEUXIÈME PARTIE

DES CONTRATS, AUTRES QUE LE CONTRAT D'ÉDITION, QUI PEUVENT INTERVENIR ENTRE LES AUTEURS ET LES ÉDITEURS

112. Le contrat d'édition proprement dit que nous venons d'étudier n'est pas le seul que l'on rencontre dans les rapports entre auteurs et éditeurs. Il est d'autres contrats qui, bien que moins fréquents, méritent aussi de n'être point passés sous silence. Nous en ferons un examen moins étendu, moins approfondi pour plusieurs raisons. Ces conventions se rapprochent davantage des contrats nommés que le Code civil a réglés, et même se confondent avec eux le plus souvent. Il suffit donc de leur appliquer en général les règles tracées par le Code civil, et nous aurons assez fait en le montrant brièvement. D'autre part, plusieurs questions, que l'on pourrait aborder ici, ont déjà été résolues par nous à propos du contrat d'édition ; c'est pourquoi nous nous contenterons parfois de rappeler des principes déjà posés.

Il est clair que nous ne saurions entreprendre l'étude de toutes les conventions entre auteurs et éditeurs, de

toutes les clauses qui peuvent y être insérées. Nous avons choisi les conventions les plus usuelles, celles qui présentent en même temps qu'un intérêt théorique un véritable intérêt pratique : ce sont des contrats de vente, de louage d'ouvrage, de louage de choses, et de société.

CHAPITRE I

DE LA VENTE

113. Il arrive qu'un auteur aliène tous les droits qu'il a sur son œuvre, la pleine propriété intellectuelle, à la fois le droit de disposition et le droit de publication, de sorte que l'acquéreur peut faire de l'œuvre tout ce qu'il veut, la mutiler, la transformer, la garder en portefeuille ou la faire imprimer.

Ce contrat intervient notamment entre un auteur besogneux et une personne qui veut se procurer un travail, dont elle se servira pour un ouvrage personnel, ou même qu'elle publiera sous son nom sans y faire aucune addition ni modification, afin d'obtenir sans effort un succès d'écrivain.

Ce genre de contrat peut convenir aussi à l'éditeur qui, à la différence de l'auteur, ne cherche qu'un succès commercial. On conçoit, par exemple, qu'un éditeur, prévoyant que la vogue se portera vers certains ouvrages étrangers, en achète à l'avance la traduction, qu'il se réserve de corriger s'il y a lieu, et qu'il ne publiera que si ses prévisions se trouvent exactes (1).

1. Nous ne voulons pas dire d'ailleurs que l'éditeur ait en principe le droit de modifier une traduction plus qu'un autre ouvrage. Cf. Seine, 3 décembre 1842. Blanc, p. 102,

114. La vente pure et simple de la propriété des ouvrages de l'esprit s'observe surtout dans les rapports entre les auteurs et ceux qui, dirigeant la publication d'un dictionnaire, d'une encyclopédie, jouent le rôle d'un éditeur. L'auteur d'un article de dictionnaire n'a pas, en général, le droit d'en réclamer la publication ; il est à présumer qu'il n'aliène la propriété de cet article que moyennant une somme d'argent, qu'il n'a pas été déterminé par la pensée de voir publier un écrit de peu d'importance, et, en général, non signé. Le directeur qui achète cet écrit a un grand intérêt à pouvoir le modifier, afin de le mettre d'accord avec l'esprit général de l'œuvre qu'il a conçue. D'ailleurs, s'il s'agit d'une grande encyclopédie, où l'on trouve des travaux très développés et signés de leurs auteurs, il est plus probable que ces travaux ont été l'objet d'un véritable contrat d'édition ; seulement il paraît juste que le directeur ait au moins la faculté de rectifier par des notes additionnelles, sinon en modifiant le texte même de l'article, les opinions qu'ont émises ses collaborateurs, afin que l'unité de vues indispensable à la publication soit conservée (1).

115. Le contrat de vente entre l'auteur et l'éditeur ne doit pas être présumé, car on le rencontre rarement. Le plus souvent l'auteur tient à ne pas laisser échapper l'occasion qu'il a de remporter un succès par la publication de son œuvre, et il ne commet pas l'imprudence de permettre à un éditeur de la remanier à son gré ; c'est donc un contrat d'édition qui a lieu, non une vente. Pour que l'on admette que les parties aient voulu conclure

1. V. encore ce qui est dit plus loin, n° 123.

une vente pure et simple, il faut donc qu'il ne puisse y avoir de doute à cet égard, soit que cela ait été dit expressément, soit que des circonstances spéciales, des indices manifestes invitent à le croire.

116. L'éditeur, en vertu de ce contrat, dispose absolument de l'œuvre cédée ; il est libre de la transformer à tel point qu'elle devienne tout à fait méconnaissable. Mais, pour peu qu'il la modifie en quelque manière, il lui est interdit alors de la faire paraître sous le nom de l'auteur ; car ce serait attribuer à ce dernier un ouvrage qu'il n'a pas fait entièrement, et l'on ne saurait disposer du nom qui est la propriété d'autrui. Si cette règle est violée, l'éditeur sera passible de la part de l'auteur d'un recours fondé sur le préjudice causé. Remarquez que cette sanction est peu énergique ; elle n'oblige pas directement l'éditeur à supprimer le nom qu'il n'a pas le droit d'inscrire sur l'œuvre modifiée, et il arrivera parfois qu'il soit impossible de le condamner au paiement d'une indemnité, l'auteur n'ayant éprouvé nul dommage sérieux. Mais, tant qu'une loi n'aura pas été faite pour punir l'usurpation des noms patronymiques, il sera impossible de mieux défendre les intérêts de l'auteur. On ne saurait appliquer ici l'article 229 du Code pénal qui ne prévoit que le cas où une personne s'est attribué sans droit une distinction honorifique, ni la loi du 28 juillet 1824, relative aux altérations et suppositions de noms sur les produits fabriqués, qui ne paraît pas avoir été faite en vue des œuvres littéraires et artistiques et doit être interprétée restrictivement, comme toute loi pénale (1).

1. Cf. Pouillet, n° 504. Seine, 26 décembre 1876, Pataille, 77

117. Nous avons étudié successivement le contrat d'édition et la vente; on voit maintenant combien est grave l'erreur de ceux qui confondent ces deux contrats. Dans la vente, l'éditeur ne contracte pas l'obligation de publier et acquiert le droit de disposer: c'est le contraire qui a lieu dans le contrat d'édition.

Quant aux obligations de livrer et de garantir qui incombent à l'auteur en vertu du contrat d'édition, elles naissent également de la vente; et, quel que soit le contrat, les mêmes règles sont applicables à ces deux obligations.

106. Seine, 20 mars 1826. Gaz. trib., 21 mars. Seine, 14 déc. 1859, Pataille, 60, 66.

On peut discuter s'il serait opportun de faire une loi pour punir d'une façon générale l'usurpation du nom patronymique, mais dans l'hypothèse particulière que nous examinons cette loi semble certainement juste et utile; les motifs pour lesquels a été faite la loi de 1834 sur les produits fabriqués peuvent être invoqués ici.

CHAPITRE II

DU LOUAGE D'OUVRAGE

§ 1^{er}. — *Du cas où l'auteur loue ses services.*

118. Le louage d'ouvrage intervient fréquemment en pratique entre l'auteur et l'éditeur. L'œuvre sur laquelle on traite n'est pas toujours achevée ou même n'est pas commencée ; l'écrivain, l'artiste reçoivent des commandes. Nous avons parlé d'une hypothèse analogue quand nous avons dit que le contrat d'édition proprement dit pouvait avoir pour objet une œuvre non encore faite ; mais dans ce cas l'auteur n'est pas obligé d'exécuter cette œuvre, il est tenu seulement, s'il l'exécute, de la livrer à l'éditeur qui a traité avec lui. Au contraire lorsqu'il y a louage d'ouvrage, cette obligation d'exécuter l'œuvre incombe à l'auteur, l'éditeur peut l'y contraindre. On voit donc qu'il est fort important de distinguer les deux hypothèses. Quand Lamartine, pressé par le besoin d'argent, s'engagea à fournir chaque année quatre volumes moyennant cent mille francs, loua-t-il ses services à un éditeur ou passa-t-il avec lui un contrat d'édition relatif à une œuvre future ? Il était intéressant, pour les raisons que nous venons d'indiquer, de le savoir. La question sera souvent difficile à résoudre. Lorsque l'œuvre, au moment où les parties trai-

tent de la publication, est incomplète, nul doute qu'il n'y ait pour l'auteur obligation de la terminer, afin de rendre la publication possible. S'il s'agit d'un ouvrage qui doit paraître en plusieurs volumes, le premier volume est souvent publié avant que les autres ne soient écrits; le reste doit être livré peu à peu par l'auteur; il y a encore louage d'ouvrage. Cependant, si l'œuvre à publier était très considérable, une grande histoire de France, par exemple, on pourrait hésiter à dire que l'auteur doive l'accomplir jusqu'au bout.

119. Le contrat de louage n'intervient jamais seul entre l'auteur et l'éditeur; le travail de l'auteur a créé un bien qui est transmis dans des conditions diverses à l'éditeur, soit par une vente, soit par un contrat d'édition. On a prétendu à tort que l'éditeur devenait toujours propriétaire de l'ouvrage commandé. Cette affirmation est exagérée, si toutefois ceux qui l'émettent veulent dire que toujours l'éditeur, quand il y a eu commande, a la pleine propriété, le droit de disposer et de jouir de l'œuvre cédée (1).

C'est bien là la doctrine de la loi autrichienne. « Lorsqu'un auteur, dit l'article 1170, se charge d'exécuter un ouvrage d'après le plan que lui fournit l'éditeur, il n'a droit qu'aux honoraires convenus. L'éditeur seul dispose ensuite d'une façon libre et entière du droit d'auteur. » Mais pourquoi supposer, parce qu'une œuvre a été faite

1. V. Pouillet, n° 190. Pataille, 67, 176. La même doctrine paraît être celle de la jurisprudence. Paris, 16 janvier, 1864. Pataille, 59, 346. Paris, 27 fév. 1866, Pataille, 66, 361. Paris, 3 avril 1867, Pataille 67, 175.

sur commande, après un traité où l'auteur s'engageait à l'exécuter, qu'il a entendu laisser l'éditeur libre d'en disposer à son gré, de la modifier ou de la respecter, de la publier ou de ne point l'utiliser? Aucune raison sérieuse n'invite à croire que le louage d'ouvrage soit plutôt mêlé à un pur contrat de vente qu'à un contrat d'édition. C'est au contraire la présomption opposée qui doit servir de règle d'interprétation, car ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut, le contrat d'édition, plus favorable aux intérêts de l'auteur, paraît en général plus conforme à l'intention des parties.

Qu'importe que l'éditeur ait fourni le plan de l'ouvrage, ou même qu'il y ait vraiment collaboré d'une manière effective? Tout ce qu'on peut lui accorder en ce cas, c'est le droit d'un collaborateur, bien différent d'un droit de propriété absolue; car le collaborateur n'est que le copropriétaire de l'œuvre, et ne peut, par suite, y apporter aucun changement sans le consentement du coauteur (1).

120. Doit-on dire, comme le soutient Klostermann (2), que, lorsqu'il y a louage d'ouvrage, il faut présumer l'existence d'une créance pécuniaire au profit de l'auteur? Cela est encore trop absolu. Sans doute il ne faut pas supposer que l'auteur s'engage à travailler gratuitement; mais, si le fruit de son travail doit être publié, si un contrat d'édition se joint au louage d'ouvrage, la promesse que fait l'auteur n'est pas gra-

1. V. en ce sens Wächter, p. 346.

2. V. Klostermann, t. I, p. 302.

tuite, et il ne convient pas de mettre à la charge de l'éditeur une obligation autre que celle de publier. Une somme d'argent serait due au contraire, même en l'absence de toute convention à ce sujet, si l'éditeur devait acquérir la pleine propriété de l'œuvre.

121. L'auteur doit sans aucun doute accomplir lui-même l'œuvre qu'il a promise. C'est en considération de son talent d'artiste ou d'écrivain que l'éditeur a conclu le contrat. Nous ne faisons ici qu'appliquer ce principe indiscutable du louage d'ouvrage d'après lequel l'ouvrier n'a pas le droit de charger un autre de tenir à sa place ses engagements, lorsqu'il y a *intuitus personæ*. D'ailleurs il est clair que l'auteur peut se faire aider par d'autres personnes, qui lui procureront les matériaux nécessaires, qui faciliteront son travail de toute manière.

122. Il faut que l'auteur apporte à l'exécution de son ouvrage un certain soin ; dans quelle mesure est-il responsable des fautes qu'il commet ? Le principe de droit qu'il convient ici de poser est la responsabilité pour faute légère *in abstracto*, conformément à l'article 4137 ; car il n'est permis d'appliquer une autre règle, selon le même article, que dans les cas où la loi l'a dit formellement.

123. Si rien n'a été convenu expressément à ce sujet, l'auteur est-il libre de donner à son ouvrage le caractère, l'étendue qu'il lui plaît ? C'est à lui de décider si l'ouvrage est complet, en principe ; cependant l'éditeur pourrait

se plaindre de l'omission de certaines choses essentielles, qui diminuerait la valeur commerciale de l'écrit. S'il a été question de la publication d'un ouvrage approfondi, à l'usage des savants, l'auteur n'aurait pas le droit d'exiger la publication d'un abrégé. En un mot, la liberté de l'auteur est restreinte dans la mesure où la convention l'oblige tacitement à fournir un écrit susceptible d'être vendu, et, plus particulièrement, d'être vendu à une catégorie particulière d'acheteurs. Mais il ne faut pas dire que le contrat est formé sous la condition *si non displicuit*, que l'éditeur a le droit de refuser l'œuvre à près son achèvement, prétendant seulement qu'elle n'est pas à sa convenance.

Toutefois, il y a au moins un cas où celui qui a fait la commande jouit d'un pouvoir d'appréciation plus étendu, c'est lorsqu'il s'agit d'un travail préparé pour un recueil quelconque d'écrits dus à différents auteurs, pour un journal par exemple. Il est nécessaire, comme on sait, que le directeur puisse maintenir l'unité de vues qui caractérise une publication de ce genre. C'est pourquoi, les auteurs qui lui promettent des articles, sont réputés se soumettre à son contrôle. S'il exige d'eux des corrections, il leur faudra les exécuter, ou le contrat sera résolu. D'ailleurs, il serait inadmissible que, sans raison sérieuse, les écrits d'un rédacteur, au mépris du traité conclu, fussent écartés par le directeur ; on ne pourra le forcer à faire la publication, puisque c'est là une obligation de faire, mais tout au moins sera-t-il passible d'une condamnation à des dommages-intérêts. Nous n'admettons pas davantage, quoiqu'on l'ait soutenu, que le directeur ait le droit de modifier lui-même l'article dans une certaine mesure, de

manière comme dit un arrêt, « à n'apporter aux doctrines et à la pensée de l'auteur aucune altération et à ne diminuer en rien la valeur scientifique de l'ouvrage (1). Non, le droit de correction est réservé à l'auteur : la doctrine contraire serait très dangereuse pour les écrivains et en même temps contraire aux principes du droit. Pour que le directeur ait le droit de modifier l'article, il faut que le contrat s'analyse en une vente pure et simple, et alors il jouira d'un droit de disposition absolu ; mais la vente pure et simple ne doit pas être présumée.

124. Lorsque l'étendue de l'ouvrage a été déterminée (par exemple on a fixé un certain nombre de feuilles), l'auteur doit autant que possible s'y conformer. S'il dépasse la limite assignée par la convention, il n'a certainement pas droit à un supplément de rémunération. L'éditeur, lorsque le développement excessif de l'ouvrage augmente les frais de la publication, a le droit de réclamer des retranchements, ou, si l'auteur s'y refuse, d'exiger le paiement d'une indemnité pour inexécution de l'engagement qu'il avait pris ; il est difficile d'ailleurs de tracer ici des règles invariables et l'on devra surtout consulter les circonstances, l'intention des parties dans chaque hypothèse.

125. Dans quel délai l'auteur doit-il achever et livrer l'œuvre qu'il a promise ? Il serait peu raisonnable d'indiquer un même délai pour toute espèce d'œuvre. Il faudra tenir compte de la longueur de l'ouvrage, des habitudes de travail de l'auteur, des empêchements, mala-

1. Paris, 20 déc. 1853. Blanc, p. 100.

die ou affaires, qui peuvent l'arrêter. Les tribunaux fixeront, s'il y a lieu, une date à partir de laquelle l'obligation de l'auteur sera regardée comme inexécutée. Il nous semble dangereux de laisser l'auteur libre de décider lui-même quel délai est nécessaire à la confection de son ouvrage ; c'est cependant ce qu'établit la loi prussienne pour les écrits d'une étendue assez considérable (1).

126. La sanction de l'obligation que contracte l'auteur dans le contrat de louage d'ouvrage, consiste uniquement dans le paiement d'une indemnité destinée à réparer le préjudice que cause à l'éditeur l'inexécution de cette obligation ; il est clair qu'on ne saurait contraindre une personne à exécuter un ouvrage de l'esprit. L'auteur est seul maître de juger du moment où son œuvre est achevée, où il peut la remettre à l'éditeur pour la publier. A ce moment, qui pourra être établi d'une façon certaine au moyen d'une lettre, par exemple, le droit de l'éditeur sur l'œuvre devient définitif, et l'obligation de l'auteur se transforme en une obligation de livrer ; il suit de là que la saisie du manuscrit pourra être pratiquée désormais.

127. Comme l'éditeur contracte *intuitu personæ*, le contrat prend évidemment fin lorsque l'auteur vient à mourir, ou que vivant il est empêché par une cause quelconque de poursuivre ses travaux. On ne pourra forcer l'éditeur à publier l'œuvre incomplète ou achevée par un autre. De son côté, l'éditeur n'aurait pas le droit de publier l'œuvre, malgré son imperfection ; mais, en

1. Allgemeines Landrecht, art. 1002 et 1003.

supposant qu'une première partie lui eût été livrée et qu'il l'eût fait paraître avec le consentement de l'auteur, lui serait-il permis de charger une autre personne d'écrire le reste? (1) Nous ne le croyons pas, car il est de principe que l'éditeur n'a le droit de faire aucune addition à l'ouvrage cédé ; cela d'ailleurs n'est exact, comme on sait, qu'au cas où il y a eu contrat d'édition, non vente.

§ II. — *Du cas où l'éditeur loue ses services.*

128. Lorsqu'un ouvrage, en raison de son faible mérite, ne paraît pas susceptible d'une vente fructueuse, l'éditeur se refuse à le publier à ses frais, mais il est prêt en général, pour le faire paraître, à offrir ses services moyennant un salaire ; c'est ce qui a lieu également pour ces ouvrages de science, qui, quelle que soit leur valeur, ne s'adressent qu'à une catégorie d'acheteurs très restreinte.

129. L'auteur se charge de la dépense ; les bénéfices de la publication lui sont attribués. L'éditeur promet de faire imprimer l'œuvre et de la répandre dans le public ; l'obligation de publier engendre ici les mêmes conséquences que s'il y avait contrat d'édition proprement dit.

Nous qualifions de louage d'ouvrage le contrat que nous étudions en ce moment. Peut-être se demandera-t-

1. *Contrà*, Klostermann, t. I, p. 337.

on s'il n'y a pas plutôt commission ou mandat salarié ? Tout d'abord, le contrat n'est pas un contrat de commission. Il faut, pour qu'il y ait commission, qu'une personne, pour le compte d'une autre, accomplisse un acte de commerce. Or, l'auteur qui publie lui-même son ouvrage, ne fait pas acte de commerce ; sans doute, il achète les exemplaires pour les revendre ; mais, en définitive, cet achat n'est qu'accessoire, il tire profit de son œuvre, du fruit de sa pensée, plutôt que de l'objet matériel dont il trafique (1).

D'autre part, le contrat n'est pas davantage un mandat salarié. Nous pensons que le mandat salarié se distingue du louage d'ouvrage à ce signe que, dans le mandat, celui qui fournit ses services à une autre personne, représente celle-ci vis-à-vis des tiers. Que fait l'éditeur ? Lorsqu'il imprime l'œuvre lui-même, il loue évidemment ses services ; lorsque, n'étant pas imprimeur lui-même, il charge un autre de ce soin, il est d'usage qu'il s'adresse à ce dernier en son nom personnel, et, comme il n'y a pas représentation, il n'y a pas mandat. De même encore, l'exploitation de l'œuvre n'est pas faite au nom de l'auteur ; jamais l'éditeur en vendant les exemplaires, ne se présente aux acheteurs comme agissant pour le compte d'autrui.

Le mandat salarié et la commission écartés, il ne reste, pour caractériser le contrat que nous avons en vue, qu'à l'appeler du nom de louage de services.

1. En ce sens, Lyon-Caen et Renault, Précis de droit commercial, n° 82. — V. Paris, 3 février 1836, Sirey, 36, 2, 125. Aix, 28 avril 1837, Dall. 37, 2, 147. Metz, 7 août 1862, Sirey, 63, 2, 106.

130. D'ailleurs, le louage de services est l'élément prédominant, mais non unique du contrat. Il s'y mêle aussi une aliénation des exemplaires imprimés qui deviennent la propriété de l'auteur, et que celui-ci charge l'éditeur de revendre au public. La convention que nous envisageons est de nature mixte.

131. L'éditeur reçoit une somme d'argent. Cette somme peut être fixée d'une façon unique, à la fois pour lui payer les services qu'il loue et pour servir de prix dans la vente qu'il fait des exemplaires imprimés. Il arrive aussi que, d'une part, l'auteur paie à l'éditeur le montant intégral des dépenses de l'impression, et qu'il lui accorde, d'autre part, des droits sur la vente de chaque exemplaire. Il est possible même que l'éditeur consente à faire l'avance des frais, dont il se remboursera sur le produit de la vente (1). Parfois un compte courant est établi entre les parties.

Si l'auteur, au cours de l'impression, exige des corrections, qui soient pour l'éditeur la cause d'un supplément de frais, il devra, pour l'en indemniser, lui remettre, en sus du prix convenu, une somme convenable.

132. Il est constant à nos yeux, bien que le contraire ait été soutenu, que l'éditeur, au profit duquel aucun droit de publication exclusif n'a été constitué, ne saurait être admis à intenter des poursuites en contrefaçon (2). Ce droit n'appartient, en effet, suivant le prin-

1. V. Paris, 15 mars 1827. *Spectateur des tribunaux*, 40 mars.

2. *Contrà*, Pouillet, p. 494.

cipe que nous avons posé plus haut (1), qu'à celui qui a la propriété, ou au moins un droit réel de jouissance sur l'œuvre contrefaite.

1. V. plus haut, n° 83.

CHAPITRE III.

DU LOUAGE DE CHOSSES

§ 1. — *Du louage d'une œuvre artistique ou littéraire.*

133. L'auteur d'un écrit, d'une œuvre d'art peut en tirer profit de bien des manières ; nous avons observé le contrat d'édition, qui confère un droit réel de publication à l'éditeur, et le contrat de vente, grâce auquel il acquiert la propriété même de l'œuvre. Il est possible encore que l'auteur fasse valoir son ouvrage en promettant à l'éditeur de lui en assurer la jouissance, sans se dépouiller nullement de la propriété intellectuelle ; l'éditeur n'aura qu'une simple créance. La convention conclue en ce cas s'analyse en un véritable louage de l'œuvre à propos de laquelle elle intervient.

Ce genre de convention est assez rare (1), si ce n'est en ce qui concerne les écrits publiés dans des journaux, articles de toute espèce, romans-feuilletons. Il sera souvent très difficile d'établir avec certitude, si le directeur du journal et l'écrivain ont entendu conclure un contrat

1. Le louage de choses intervient au contraire constamment pour l'exécution d'une œuvre musicale ou la représentation d'une pièce de théâtre ; mais ce ne sont pas là des contrats entre auteurs et éditeurs, et nous n'avons pas par suite à nous en occuper.

d'édition ou un contrat de louage ; il n'y a pas de raison sérieuse pour présumer l'un, en principe, plutôt que l'autre. S'il s'agit d'une œuvre déjà parue, et, en particulier parue dans un journal en vertu d'un contrat de louage, il est à supposer que l'auteur en traitant avec le directeur d'un autre journal, fait une convention de la même nature que la première ; on tâchera toujours, comme en cette hypothèse, de se guider d'après les circonstances pour interpréter les volontés des parties. A défaut de tout indice, peut-être faut-il dire que l'interprétation du traité doit être faite d'une façon défavorable à celui qui l'a proposé, qui en a déterminé les conditions ; ainsi, lorsque c'est le directeur du journal qui a écrit à l'auteur pour lui demander son œuvre, on présumera un simple louage de choses (1).

134. D'une manière générale, les règles tracées par le Code civil en matière de louage sont applicables quand la chose louée est une œuvre artistique ou littéraire. Il faudra notamment appliquer l'article 1743, selon lequel « si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat du bail. »

Il suit de là que, si l'auteur aliène une œuvre précédemment louée, l'acquéreur ne pourra pas empêcher celui avec lequel ce contrat de louage avait été conclu, de

1. La Société des gens de lettres, dans les traités qu'elle passe pour la reproduction des œuvres de ses membres, ne conclut que des contrats de louage.

continuer et d'achever la publication ; à l'égard de tous l'acquéreur a un droit exclusif, mais il est tenu de remplir envers le preneur les mêmes obligations que le bailleur (1).

135. Lorsqu'il y a contrat de louage, la publication n'est pas pour l'éditeur une obligation ; aussi, à la différence de la règle que nous avons posée en parlant du contrat d'édition proprement dit, l'éditeur doit ici payer à l'auteur un prix que les tribunaux, en l'absence de convention, auront à déterminer ; autrement, le contrat serait à titre gratuit, puisqu'aucune obligation, en retour de celles que l'auteur contracte, ne serait à la charge de l'éditeur, et l'on sait que les libéralités ne se présument pas.

§ II. — *Du louage d'une statue, d'un tableau, d'un manuscrit.*

136. Une statue ancienne est découverte dans des fouilles, un vieux tableau n'a point encore été reproduit, le manuscrit d'un auteur de l'antiquité est retrouvé ; dans ces divers cas, le propriétaire de ces objets précieux peut se procurer des bénéfices en permettant à un éditeur de les utiliser au moyen du moulage, de la gravure, de l'impression. Il ne s'agit pas ici, à proprement parler, d'un contrat entre un auteur ou son ayant cause et un éditeur ;

1. Nous repoussons le système suivant lequel le preneur aurait un droit réel. En ce sens Demolombe, *Distinctions des biens*, t. I, nos 492, 493, Laurent, t. XXV, nos 9 et suiv., etc. etc,

le propriétaire dont nous parlons ne saurait avoir un droit d'auteur, car nous supposons la propriété intellectuelle éteinte, depuis longtemps peut être, au moment du contrat. Remarquons cependant qu'il n'y aurait rien de déraisonnable à conférer par une loi, un droit exclusif à celui qui met au jour un ouvrage inédit ; c'est ce qu'avait fait le législateur en Bavière par la loi du 28 juin 1865, qui n'est plus aujourd'hui en vigueur. (1)

Un tel contrat peut être pour l'éditeur une source abondante de profit, si l'œuvre qu'il exploite est d'un grand prix. Sans doute, sitôt qu'il l'aura reproduite, il n'aura pas le droit d'empêcher d'autres personnes de la publier à leur tour, et la concurrence diminuera ses gains. Mais il aura eu l'avantage tout au moins de faire paraître seul la première édition, et, pendant quelque temps, il gardera le monopole de la vente, en fait, sinon en droit.

1. Loi du 28 juin 1865, art. 2.

CHAPITRE IV

DE LA SOCIÉTÉ.

137. Voici un dernier genre de contrat qui se présente rarement dans la pratique, encore que la jurisprudence ait eu plus d'une fois à en constater l'existence (1). Un auteur et un éditeur s'associent pour la publication d'un ouvrage ; ils déclarent mettre en commun les profits et les pertes.

Tout d'abord, l'auteur doit livrer son œuvre à l'éditeur et celui-ci doit la publier. Ce n'est là que la réalisation des apports. L'éditeur acquiert-il un droit réel ? Oui, nous pensons que la jouissance de l'œuvre, si la convention est muette à cet égard, doit être réputée mise en commun. L'auteur n'a pas un intérêt sérieux à garder pour lui seul l'entière propriété intellectuelle et il importe beaucoup à l'éditeur, par contre, qu'il n'en soit pas ainsi ; si l'éditeur n'avait qu'une simple créance au lieu d'un droit réel, il ne lui serait pas permis d'exercer des poursuites en contrefaçon, ou, pour parler plus exactement, il ne pourrait les exercer que par application de l'article 1166 du Code civil, et mieux vaut pour lui qu'il agisse de son propre chef.

1. V. Paris, 23 déc. 1840. Sirey, 41, 2, 323. Paris, 16 février 1844, le Droit, 24 février.

138. Si l'on veut connaître les autres effets du contrat, les autres droits et obligations des parties, il faut préciser comment le contrat doit être qualifié. La jurisprudence prétend que c'est une association en participation. Cela nous paraît exact. En effet, la participation est une société qui n'a pas de manifestation extérieure, ou suivant d'autres, une société qui est formée pour une ou plusieurs affaires particulières ; les conditions exigées par les partisans de l'une ou l'autre de ces deux théories sont également remplies dans l'hypothèse qui nous occupe. Mais faut-il dire, comme l'a fait un arrêt de la Cour de Paris en 1844, que cette association en participation, qui intervient entre un auteur et un éditeur, est commerciale ? Pour le savoir, considérons quel est son objet ; car une société est civile ou commerciale, suivant que les opérations en vue desquelles elle est constituée sont ou ne sont pas des actes de commerce.

Cet objet est l'exploitation d'une œuvre artistique ou littéraire. Nous ne pensons pas, étant données les circonstances dans lesquelles a lieu cette exploitation qu'il faille y voir un acte de commerce. Il ne s'agit pas en effet d'acheter une œuvre pour la revendre, mais seulement de tirer des bénéfices d'une œuvre qui appartient aux deux associés. Peu importe qu'il soit nécessaire pour réaliser la publication d'acquérir la matière première que l'on revendra sous forme d'exemplaires imprimés ; cet achat n'est qu'une opération accessoire, car l'objet de la société est l'exploitation de l'œuvre plutôt que des matériaux que l'on emploie. A notre avis, le contrat dont nous cherchons à dé-

terminer le caractère doit donc être regardé contre une société civile. (1)

Dans cette société, l'éditeur joue le rôle de gérant. Il fait la publication, doit y apporter tous ses soins. Les frais de publicité, d'impression sont supportés par les deux parties. Les exemplaires leur appartiennent en commun. L'éditeur, comme tout mandataire doit rendre des comptes, et remettre à l'auteur sa part sur les bénéfices de la vente.

1. Cf. Nion, p. 342.

TROISIÈME PARTIE

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

139. Il nous a paru utile de mettre sous les yeux du lecteur l'ensemble des lois qui ont été faites à l'étranger sur les rapports entre auteurs et éditeurs, bien que nous ayons eu plus d'une fois l'occasion déjà d'en citer des fragments. Le nombre considérable de ces lois est un fait assez peu connu en France et qui frappe d'abord. A défaut d'une loi commune à toute l'Allemagne, il est peu d'Etats allemands dont la législation ne contienne au moins quelques dispositions sur cette matière. Des codes récents, le Code de commerce hongrois, par exemple, et le code suisse des obligations, ont consacré un chapitre entier au contrat d'édition. Nous n'avons omis, dans cette revue de la législation étrangère, que quelques articles de loi peu importants ou abrogés.

On pourra comparer ces diverses lois entre elles, constater les progrès accomplis ; il est facile de voir que ceux qui les ont rédigées, ont fait usage des travaux des législateurs antérieurs. Les différences qui séparent ces lois sont assez nombreuses cependant, pour qu'il y ait lieu de ne pas s'en tenir à l'examen d'une seule d'entre elles,

CHAPITRE I

LOIS ALLEMANDES

140. En Prusse, on s'est occupé de bonne heure des droits d'auteurs. Le Code général pour les Etats prussiens, promulgué d'abord en 1791, puis corrigé en 1794, présente déjà un grand nombre d'articles où il est traité des contrats d'édition.

996. — Le droit de publication (*Verlagsrecht*) consiste dans la faculté de reproduire un écrit par l'impression et de le vendre seul dans les foires à des libraires et autres personnes.

997. — Ce ne sont pas seulement les livres, mais aussi les cartes géographiques, les gravures sur cuivre, les ouvrages de topographie et les compositions musicales, qui peuvent être l'objet du droit de publication.

998. — En principe, l'éditeur acquiert le droit de publication seulement par un contrat passé par écrit avec l'auteur (1).

999. — Si le contrat n'a pas été passé par écrit, et, que cependant le manuscrit ait été livré par l'écrivain, la convention orale vaut en ce qui concerne les honoraires promis; mais, à tous autres égards, il faut régler les rapports des deux parties d'après les dispositions des lois.

1000. — L'auteur est tenu d'accomplir le contrat passé par écrit en livrant le manuscrit dans un délai convenable.

1. V. toutefois plus loin l'art. 347 du Code de commerce allemand, n° 145.

1001. — S'il ne le fait pas, l'éditeur peut renoncer au contrat.

1002. — Si le temps où le manuscrit doit être livré n'a pas été fixé par le contrat, il est admis que la remise doit avoir lieu dans un délai tel que l'éditeur puisse encore apporter l'ouvrage à la prochaine foire de Leipzig.

1003. — S'il résulte de l'importance et de l'étendue de l'œuvre ou de la brièveté du temps qui reste à courir jusqu'à la foire, ou d'autres circonstances, qu'un plus long délai doit être accordé à l'auteur, c'est à lui de le déterminer, si le contrat n'a rien décidé à cet égard.

1004. — Cependant l'auteur peut être contraint par l'éditeur à indiquer un délai fixe, s'il ne préfère la résiliation du contrat.

1005. — Si des circonstances ou des événements se présentent qui s'opposent à ce que l'auteur mette au jour l'œuvre promise, il peut renoncer au contrat.

1006. — Mais il doit réparer le dommage causé à l'éditeur, lorsque des dépenses avaient été déjà faites pour l'impression et qu'elles sont rendues inutiles par la résiliation du contrat.

1007. — Si, dans l'espace d'une année après la résiliation, l'auteur cède à un éditeur ou publie lui-même l'ouvrage promis à un premier éditeur, sans que ce dernier l'ait su et ait donné son consentement, il doit l'indemniser pour le gain qu'il l'a empêché de faire.

1008. — Si l'auteur avant l'impression croit nécessaire de faire des changements dans l'ouvrage, relativement à l'étendue ou à la disposition des matières, il appartient à l'éditeur d'y consentir ou de renoncer au contrat.

1009. — Mais si l'auteur fait les changements, après que l'impression est commencée, sans le consentement de l'éditeur, il doit indemniser l'éditeur pour tout le préjudice causé.

1010. — Lorsque l'accomplissement du contrat d'édition devient impossible pour l'une ou l'autre des parties, il faut ap-

pliquer les dispositions contenues dans les articles 879 et suivants.

1011. — Si l'on réimprime un écrit sans changement, dans le même format, cela s'appelle une impression nouvelle (*neue Auflage*).

1012. — Mais si l'on réimprime un écrit dans un format nouveau, ou avec des changements dans le texte, il s'agit alors d'une édition nouvelle (*neue Ausgabe*).

1013. — Si le contrat d'édition n'a pas fixé le nombre des exemplaires pour la première édition, l'éditeur est libre, même sans le consentement exprès de l'auteur, d'en faire la réimpression (*neue Auflage*).

1014. — Mais si le nombre des exemplaires est fixé, l'éditeur doit, s'il veut faire une impression nouvelle de l'ouvrage, s'entendre avec l'auteur ou ses héritiers.

1015. — Si les parties ne peuvent s'accorder, on prend pour mesure la moitié de l'honoraire payé pour la première édition.

1016. — Au contraire, le droit de publication ne s'étend, en principe, et quand le contraire n'a pas été décidé par la convention écrite, qu'à la première édition de l'œuvre, y compris tout ce qui doit la compléter, en former la suite.

1017. — Le premier éditeur aussi ne peut jamais faire une nouvelle édition, sans conclure un nouveau contrat à ce sujet avec l'auteur.

1018. — D'ailleurs, l'auteur ne peut pas non plus publier une édition nouvelle, tant que le premier éditeur n'a pas encore écoulé les exemplaires publiés par lui conformément au droit qu'il a d'après les articles 1013 et 1014.

1019. — Si l'auteur et l'éditeur ne peuvent pas s'accorder sur la nouvelle édition, l'auteur doit, s'il veut la faire paraître ailleurs, acheter d'abord à l'éditeur tous les exemplaires de la première édition non encore écoulés, en les payant comptant au prix de librairie.

1020. — (Supprimé par la loi du 11 juin 1870) (1).

1021. — Les limitations apportées, comme on vient de le voir, au droit de publication dans l'intérêt de l'éditeur, ne sont pas applicables, si l'éditeur a commandé une œuvre à l'auteur suivant une idée qu'il avait conçue, et si ce dernier s'en est chargé sans faire aucune réserve par écrit : ou encore, si l'éditeur a réuni plusieurs écrivains pour exécuter son plan, comme collaborateurs.

1022. — En de telles hypothèses, le droit de publication appartient pleinement, dès l'origine, à l'éditeur, et les auteurs ne peuvent réclamer aucun droit sur les réimpressions ou éditions suivantes, à moins qu'à cet égard des réserves n'aient été faites à leur profit dans la convention écrite.

1023. — Il est permis d'imprimer séparément les remarques relatives à des livres sur lesquels un autre a le droit de publication. Mais, elles ne peuvent être imprimées conjointement avec l'œuvre elle-même, sans le consentement de l'auteur et de son éditeur, ni être vendues dans le royaume.

1024-1028. — (Supprimé par la loi du 11 juin 1870) (2).

1029. — Si aucun éditeur n'a plus un droit de publication sur la nouvelle édition d'un livre, ou si le droit de l'écrivain par application de l'article 1020 est éteint, chacun est libre de publier une édition nouvelle de l'œuvre.

1030. — (Supprimé par la loi du 11 juin 1870) (3).

1031. — Au reste, tout ce qui a été décidé relativement aux œuvres nouvelles s'applique en ce qui concerne l'éditeur et l'écrivain qui s'occupent de la nouvelle édition.

1. Cet article était ainsi conçu : Le droit de l'auteur qui consiste en ce que, sans son consentement aucune édition nouvelle ne peut être publiée, n'est pas transmis à ses héritiers, à moins que le contraire n'ait été décidé dans une convention écrite.

2. Ces articles ne s'occupaient pas des rapports entre auteurs et éditeurs.

3. Cet article était ainsi conçu : Si pourtant il y a encore des descendants de l'auteur au premier degré, le nouvel éditeur doit s'entendre avec eux.

141. Peu d'années après la publication du Code général des États prussiens, en 1811, fut promulgué le Code civil d'Autriche, où l'on trouve encore quelques articles sur le contrat d'édition. Il est assez singulier que ces articles soient au chapitre intitulé : des contrats de louage de services à titre onéreux. Car le législateur autrichien ne paraît pas confondre absolument le contrat d'édition avec le louage. Mais, à ce moment, on n'avait pas encore défini avec une précision suffisante la nature propre du contrat d'édition ; et il était inévitable qu'on rattachât à l'un des chapitres sur les contrats nommés les dispositions par lesquelles on le réglait.

Voici les huit articles du Code autrichien :

1164. — Le contrat d'édition est celui par lequel un auteur cède à une personne le droit de reproduire cet écrit au moyen de l'impression et de le vendre. L'auteur se dépouille, par ce contrat, du droit de céder à un autre le même ouvrage.

1165. — L'auteur est tenu de livrer l'œuvre conformément à ce qui a été décidé au contrat, et l'éditeur doit payer les honoraires promis aussitôt après la remise de l'œuvre.

1166. — Si l'auteur ne livre pas l'œuvre à l'époque fixée, ou de la manière convenue, l'éditeur peut rompre le contrat, et réclamer une indemnité si la remise de l'œuvre n'a pas eu lieu par la faute de l'auteur.

1167. — Si le nombre des exemplaires a été fixé, l'éditeur doit, pour chaque édition nouvelle, demander le consentement de l'auteur et conclure avec lui un nouvel accord.

1168. — Si l'auteur veut publier une nouvelle édition avec des modifications dans le texte, il sera également nécessaire de passer à cet effet un nouveau contrat. Mais, tant qu'une édition n'est pas épuisée, l'auteur ne peut en faire publier une

autre, qu'à la condition de payer à l'éditeur une indemnité équivalant au prix des exemplaires non vendus.

1169. — Les droits de l'auteur en ce qui concerne les nouvelles éditions ou impressions ne passent pas à ses héritiers.

1170. — Lorsqu'un auteur se charge d'exécuter un ouvrage d'après le plan que lui fournit l'éditeur, il n'a droit qu'aux honoraires convenus. L'éditeur seul dispose ensuite d'une façon libre et entière du droit d'auteur.

1171. — Ces dispositions sont également applicables aux cartes géographiques, aux œuvres de topographie et aux compositions musicales.

142. Le Code civil de Bade, à l'exemple du Code autrichien et du Code prussien, contient quelques dispositions sur le contrat d'édition. Ce code n'est autre que le Code civil français, qui en 1809 fut mis en vigueur dans le grand-duché de Bade, sous le titre de *Badisches Landrecht*. Seulement on y introduisit en 1810 des dispositions nouvelles, notamment sur le contrat d'édition. Nous les trouvons au chapitre intitulé : de la propriété des écrits.

577 d — a. — Tout ouvrage écrit est à l'origine la propriété de l'auteur, à moins qu'il ne l'ait composé par l'ordre et pour le compte d'une autre personne. En ce cas l'ouvrage appartient à celui qui en a fait la commande.

577 d — d. — La remise d'un manuscrit, pour le faire imprimer au compte de l'auteur, ne permet pas de supposer que l'auteur renonce à sa propriété.

Celui qui, gratuitement ou moyennant un honoraire convenu, livre un manuscrit à une personne qui se charge de l'éditer, cède par cette remise la propriété du manuscrit, et en même temps son droit sur le contenu du manuscrit se trouve restreint par l'aliénation du droit de publication.

577 d — e. — La restriction apportée à la propriété de l'auteur, consiste, sauf convention contraire en ce que l'éditeur peut tirer autant d'exemplaires qu'il veut, mais sans avoir le droit de faire une édition nouvelle sans le consentement de l'auteur. En outre, l'éditeur est libre de décider de la forme extérieure de la publication, mais il ne peut rien retrancher ni ajouter.

577 d — g. — L'auteur et l'éditeur ne peuvent se prévaloir de leur droit de propriété qu'autant qu'ils ont fait connaître leurs noms sur les exemplaires imprimés. Si le nom de l'un d'eux est seul indiqué, celui qui est nommé exerce cumulativement les droits de tous deux.

143. — En 1865 a été adopté en Saxe un nouveau Code civil, où un chapitre entier est consacré au contrat d'édition :

1139. — Le contrat d'édition est celui par lequel l'auteur ou le propriétaire d'une œuvre littéraire ou artistique cède cette œuvre ou promet de la céder à une autre personne, l'éditeur, pour qu'il la reproduise, la publie et la mette en vente.

1140. — L'auteur ou le propriétaire de l'œuvre doit la livrer conformément au contrat, et faire tout ce qui est nécessaire afin que l'éditeur soit mis à même d'en avoir la jouissance. Il ne peut pas dans le même temps céder l'œuvre par un traité à une autre personne, ni la publier dans une édition de ses œuvres complètes ou dans un recueil d'écrits de différents auteurs (*Sammelwerk*).

1141. — L'éditeur est obligé de reproduire l'œuvre à ses frais d'une façon convenable ou, dans le doute, de la façon qu'il règle lui-même, et de prendre soin de la mise en vente. La fixation du prix dépend de sa volonté, mais il ne peut pas empêcher la vente en demandant un prix excessif.

1142. — Le contrat d'édition donne droit seulement à une édition. Si rien n'a été convenu, touchant le nombre d'exem-

plaires que cette édition comprendra, il appartient à l'éditeur de le fixer, sans que pourtant le nombre de mille exemplaires puisse être dépassé.

1143. — Si des honoraires ont été promis, ou qu'il y ait lieu par application de l'article 820 de dire que des honoraires sont dus, l'éditeur est tenu de les payer, aussitôt que l'œuvre lui est livrée. Dans le cas où l'honoraire est fixé d'après le nombre des feuilles, il doit être payé, aussitôt que l'œuvre ou, si l'œuvre doit paraître par parties séparées, aussitôt qu'une partie est prête à être publiée.

1144. — Si l'exécution du contrat d'édition devient impossible par un accident qui n'est pas imputable à l'éditeur, le contrat prend fin.

1145. — Il faut regarder comme impossible l'exécution du contrat d'édition, lorsqu'il devient impossible d'atteindre le but, que les parties contractantes avaient voulu assigner à la publication.

1146. — Si l'exécution du contrat devient impossible par un fait imputable à l'éditeur, celui-ci doit alors payer l'honoraire, aussi longtemps que l'auteur ou le propriétaire de l'œuvre ne trouve pas un autre éditeur qui prend la place du premier dans le contrat d'édition.

1147. — Si l'œuvre périt après qu'elle a été livrée, celui qui en est l'auteur ou le propriétaire peut exiger l'honoraire. Il peut aussi réclamer encore la publication, s'il donne à l'éditeur le moyen de la faire, en lui livrant un autre manuscrit. L'auteur ou le propriétaire y est même tenu, si cela lui est possible.

1148. — Si l'œuvre, après qu'on a commencé à la répandre dans le public, vient à périr par cas fortuit, l'éditeur a le droit de refaire à ses frais les exemplaires détruits. L'auteur ou le propriétaire ne peut pas en ce cas demander de nouveaux honoraires.

1149. — Si un accord a été conclu entre l'auteur ou le pro-

priétaire de l'œuvre et l'éditeur relativement à une édition postérieure, on applique dans le doute à cette édition les règles que le contrat avait établies pour la première édition.

144. Terminons cette revue des diverses lois allemandes en disant qu'il existe encore quelques dispositions éparses, sur la matière que nous étudions, dans la législation bavaroise, dans une ordonnance de 1827 pour le grand duché d'Anhalt-Dessau, dans une ordonnance de 1828 pour le grand duché de Gotha, dans une loi de 1830 pour le grand duché de Hesse, etc. Ces textes nous ont paru trop peu importants pour mériter d'être rapportés ici (1).

145. Le Code de commerce allemand mis en vigueur en 1869 contient deux articles qui nous intéressent (2) :

270. — Sont encore actes de commerce les actes suivants lorsqu'ils rentrent dans l'exercice d'une profession :

.
5° Les opérations des éditeurs, ainsi que toutes les opérations concernant la librairie et le commerce des œuvres d'art ; de même les opérations des imprimeurs, à moins qu'il ne s'agisse d'un simple travail manuel.

317. — La validité des contrats, en matière de commerce, n'est subordonnée ni à la rédaction d'un écrit ni à l'observation d'aucune autre formalité.

1. V. Petsch : die gesetzlichen Bestimmungen über den Verlagsvertrag. Leipzig, 1870.

2. Nous citons ici la traduction du Code de commerce allemand, publiée par MM. Gide, Lyon-Caen, Flach et Dietz.

3. V. Bulletin de la société de législation comparée. Février 1889, p. 145.

Le Code de commerce de 1869 ne s'est pas occupé du contrat d'édition. Mais en 1874, quand on prépara un nouveau Code civil, qui n'est pas encore fait, le *Bundessrath* décida que le Code de commerce serait l'objet d'une révision, et que l'on déciderait alors s'il n'y a pas lieu d'y insérer certaines dispositions de nature à intéresser les commerçants, notamment une réglementation du contrat d'édition.

CHAPITRE II

LÉGISLATIONS RUSSE, HONGROISE, SUISSE, PORTUGAISE ET
SERBE.

146. En dehors des lois allemandes, il en est de fort importantes publiées en d'autres pays.

Le Code russe ou Digeste, mis en vigueur en 1833 (1), peut être consulté avec profit. Il offre quelques règles intéressantes à étudier ; nous ne saurions les passer sous silence (2).

En cas de vente du fonds de librairie pour dettes ou par suite d'une faillite, les manuscrits qui y appartiendraient, ainsi que le droit de les publier, ne peuvent être cédés que sous l'obligation, de la part de l'acheteur, d'observer toutes les conventions conclues par le précédent propriétaire.

Le droit de publier la seconde édition d'un ouvrage ne peut être que la conséquence d'arrangements préalables entre l'auteur, le traducteur ou l'éditeur, d'un côté, et le libraire, de l'autre. A défaut d'arrangement par écrit, l'auteur, le traducteur ou l'éditeur (et dans le cas où ils seraient décédés, leurs héritiers) peuvent publier une seconde édition après cinq ans, à partir du jour où la censure aura délivré l'autorisation de mettre l'ouvrage en vente.

1. Ce code a été depuis modifié.

2. Nous empruntons la traduction de cette loi au traité des droits d'auteurs, de M. Renouard, t. I, p. 285.

Les conventions entre les auteurs, traducteurs ou éditeurs, d'un côté, et les imprimeurs ou libraires, de l'autre, sont rédigées sur papier timbré et enregistrées, conformément aux règles générales, dans les livres des courtiers.

L'auteur a le droit, nonobstant toutes conventions quelconques, de publier une seconde édition de son ouvrage, s'il y a fait des additions ou changements équivalant pour le moins aux deux tiers de l'ouvrage, comme aussi s'il en a complètement changé la forme au point qu'il puisse être considéré comme une nouvelle production.

Les éditeurs de journaux ou autres publications périodiques comme aussi d'almanachs, et, en général, de livres consistant en articles ou compositions détachées, jouissent du droit exclusif de les réimprimer dans la même forme, conformément aux dispositions générales du présent règlement.

147. Nous arrivons aux lois les plus importantes, les plus parfaites, dont le contrat d'édition ait été l'objet. Et d'abord, citons tout au long un titre du Code de commerce hongrois applicable depuis 1876 (deuxième partie, *Contrats commerciaux*; huitième titre, *Contrat d'édition*).

515. — On doit regarder comme un contrat d'édition, le contrat par lequel une personne (l'éditeur) acquiert de l'auteur ou de ses ayants cause, un droit exclusif à reproduire, publier et vendre une œuvre littéraire, scientifique ou artistique, terminée ou à faire.

516. — L'auteur est tenu de remettre à l'éditeur l'œuvre promise dans la forme qui a été déterminée au contrat, et en temps convenable.

Si l'auteur n'accomplit pas cette obligation, par sa faute, l'éditeur peut, à son choix, réclamer l'exécution du contrat avec des dommages-intérêts pour le retard, ou demander réparation du tort qui lui est causé par l'inexécution du con-

trat, ou renoncer au contrat, comme s'il n'avait jamais été conclu.

517. — Tant que les exemplaires de l'œuvre cédée pour être publiée, à la vente desquels l'éditeur a acquis un droit, ne sont pas écoulés, l'auteur ne peut, relativement à son œuvre, rien faire qui soit de nature à nuire à l'éditeur ; en particulier, il n'a pas le droit de mettre au jour une nouvelle édition de la même œuvre ou d'une partie de la même œuvre, ou de charger un autre de ce soin, ou de faire comprendre cet écrit dans une édition de ses œuvres complètes, ou dans un recueil d'écrits empruntés à divers écrivains.

L'auteur peut faire paraître les travaux séparés qu'il livre pour être publiés dans un recueil, aussi bien séparément que dans une édition de ses œuvres complètes, en supposant, que les travaux séparés, dans la forme où ils paraissent comme fragments d'un recueil, ne forment pas des objets indépendants du commerce de la librairie ou des œuvres d'art.

De petits travaux, qui ont été livrés pour paraître dans un journal ou une revue, sont après leur publication, à la libre disposition de l'auteur.

518. — Le droit de publication ne donne pas en même temps le droit de faire la traduction de l'œuvre et de la publier.

519. — L'éditeur est tenu de reproduire l'œuvre qui lui a été livrée en manuscrit ou en original, à ses frais et sans changement, et de la mettre en vente d'une façon convenable.

520. — En l'absence d'une convention précise, les conditions matérielles de la publication doivent être réglées d'une façon conforme au but et à l'importance de l'œuvre.

Le nombre des exemplaires et le prix de chaque exemplaire sont fixés, si rien n'a été convenu à ce sujet entre les parties, par l'éditeur comme il lui plaît ; mais il n'est pas en droit de fixer un prix tellement exagéré que l'écoulement de l'œuvre en soit gêné.

521. — Si les parties passent un contrat relativement à

une seconde édition, il faut, quant aux points qui dans le nouveau contrat n'ont pas été réglés, faire application des règles que le premier établit.

522. — L'accord conclu entre les parties détermine la limite dans laquelle est cédé le droit de publier. Dans le doute, le contrat ne donne que le droit de faire une édition.

Si l'éditeur a acquis aussi le droit de faire les éditions ultérieures, il est tenu, aussitôt que l'une est épuisée, d'en préparer une autre.

523. — Si l'éditeur par sa propre faute ne fait pas la reproduction et la vente de l'œuvre cédée, ou, après qu'une première édition est épuisée, n'entreprend pas la publication d'une autre édition, l'auteur peut, à son choix, demander l'exécution du contrat avec des dommages-intérêts pour son inexécution, ou la réparation du dommage causé par l'inexécution, ou renoncer au contrat, comme s'il n'avait pas été conclu.

524. — Si l'éditeur acquiert le droit de publier les œuvres séparées de l'auteur, il n'a pas le droit de les publier à titre d'œuvres complètes.

Si l'auteur a cédé le droit de publier ses œuvres complètes, l'éditeur ne peut pas les publier séparément ou en publier des parties.

525. — L'auteur ne peut réclamer de l'éditeur des honoraires qu'en vertu d'une convention expresse ou tacite. Il faut dire qu'il y a stipulation tacite d'honoraires, lorsque les circonstances invitent à penser que la cession de l'œuvre n'a pas eu lieu à titre gratuit. En ce cas, les honoraires sont fixés par le juge, suivant les circonstances et après avoir consulté des experts. On statuera d'après les mêmes principes, lorsque des honoraires auront été stipulés expressément sans que leur montant fut fixé.

526. — Quand les honoraires sont déterminés d'après un nombre limité de feuilles, l'éditeur n'a pas à payer d'honoraires pour ce qui dépasse le nombre fixé ; il peut seulement exiger de l'auteur qu'il lui livre une œuvre complète.

527. — Si rien d'autre n'avait été convenu, l'éditeur est tenu de payer les honoraires stipulés d'une manière générale, dès que le manuscrit ou l'original sont livrés ; lorsque les honoraires sont fixés suivant le nombre de feuilles, ils doivent être payés seulement après que la reproduction est terminée ; et si l'œuvre doit être publiée par parties, après l'achèvement de toutes les parties.

528. — Lorsque l'exécution du contrat est empêchée par un événement qui atteint la personne de l'éditeur, celui-ci n'est libéré de l'obligation de payer les honoraires que lorsque l'auteur a cédé son œuvre à un autre éditeur qui a pris la place du premier au contrat.

529. — Si l'œuvre cédée pour être reproduite vient à périr chez l'éditeur, il reste tenu seulement à payer les honoraires.

Mais l'auteur est alors obligé, s'il possède un autre exemplaire, de le remettre à l'éditeur moyennant une indemnité.

530. — Lorsque l'édition déjà terminée vient à périr d'une façon partielle ou entière avant que les exemplaires soient écoulés, l'éditeur a le droit de remplacer ce qui est détruit à ses frais, sans être tenu de payer de nouveaux honoraires à l'auteur.

531. — Le contrat d'édition prend fin :

1° Quand le contrat a pour objet une œuvre déjà achevée et que cette œuvre pérît par accident chez l'auteur avant d'être remise à l'éditeur.

2° Quand l'auteur meurt avant d'avoir terminé son œuvre, ou qu'un accident l'empêche de l'accomplir d'une façon conforme au contrat, ou qu'il devient incapable.

3° Quand le but que, selon l'intention des parties, devait avoir la reproduction, est devenu impossible à atteindre par l'effet d'un événement fortuit avant la remise du manuscrit ou de l'original.

L'auteur ou ses ayants-cause sont, dans ces hypothèses, affranchis de leur obligation ; mais ils ne peuvent demander

des honoraires et devraient même restituer les honoraires qu'ils auraient reçus.

Au contraire, si l'évènement prévu au troisième cas arrive après la remise du manuscrit ou de l'original, l'auteur ou ses ayants-cause peuvent demander des honoraires et n'auraient pas à restituer les honoraires qu'ils auraient reçus.

532. — L'auteur peut renoncer au contrat si l'éditeur tombe en faillite.

Toutefois, lorsque la reproduction est déjà commencée, les créanciers du failli peuvent exiger le maintien du contrat, pourvu qu'ils donnent à l'auteur des sûretés suffisantes.

533. — Tout ce qui est établi dans ce titre doit être appliqué d'une façon convenable, quand le contrat d'édition est passé avec le propriétaire d'une œuvre littéraire, scientifique ou artistique qui n'est pas l'ayant-cause de l'auteur.

148, En Suisse, nous trouvons deux lois importantes sur le contrat d'édition. L'une est au Code fédéral des obligations : l'autre fait partie du Code civil de Zurich, qui fut publié en 1855. La seconde a été abrogée par la première ; cependant nous allons la citer afin qu'on voie les progrès réalisés en cette matière par le Code fédéral.

1599. — Par le contrat d'édition, l'auteur (écrivain ou artiste) ou son ayant-cause, s'engage à livrer et abandonner un ouvrage de littérature ou d'art à une autre personne, l'éditeur, pour le faire paraître, pendant que l'éditeur promet de veiller à la publication de l'œuvre et de payer un honoraire convenable à l'auteur.

1600. — L'auteur est tenu de livrer l'ouvrage promis ; s'il ne le fait pas, l'éditeur a le droit de demander réparation du préjudice causé et, en outre, de renoncer au contrat.

1601. — Si l'auteur, par dol ou négligence, ne remplit pas son obligation, ou s'il ne l'accomplit qu'avec un retard, l'éditeur peut aussi lui demander une indemnité en raison du gain probable dont il est privé. L'indemnité ne peut dépasser le montant des honoraires qui avaient été fixés pour l'œuvre non livrée qu'au cas où l'auteur est coupable de dol.

1602. — L'auteur doit livrer l'œuvre dans une forme appropriée à la publication.

1603. — Il cède le droit d'auteur, si rien de contraire n'a été décidé, pour une édition à l'éditeur, et ne peut pas, au préjudice de ce dernier, disposer ensuite de l'œuvre, même s'il vent, plus tard, faire une édition de ses œuvres complètes.

Si l'édition est épuisée, l'auteur recouvre la liberté de céder son œuvre à un autre éditeur.

1604. — Les articles de journaux et les écrits de médiocre étendue publiés dans une revue peuvent être mis au jour de nouveau par l'auteur comme œuvres séparées, sans qu'il soit porté atteinte au droit d'auteur qui appartient à l'éditeur ou au directeur du journal ou de la revue.

1605. — L'éditeur est tenu d'imprimer l'œuvre et de la faire paraître d'une manière convenable. Si le nombre des exemplaires n'est pas fixé par le contrat ou par l'usage, c'est à lui de décider combien l'édition qu'il publie comprendra d'exemplaires. Mais, lorsqu'il a achevé l'impression, il ne peut, sans autorisation de l'auteur, faire aucune impression nouvelle.

1606. — Il doit ensuite prendre soin d'écouler l'œuvre dans le commerce de la librairie et lui donner une publicité convenable. La détermination du prix dépend de lui, si le contrat ne contient aucune stipulation à ce sujet. Cependant il doit, en faisant cette détermination, ne point dépasser certaines limites naturelles, afin qu'il n'empêche pas, par la demande d'un prix excessif, l'écoulement de l'œuvre au préjudice de l'auteur.

1607. — L'obligation que contracte l'éditeur de payer un honoraire n'est pas essentielle, mais il peut résulter des circonstances qu'elle paraisse conforme à l'intention des parties.

1608. — Le montant de l'honoraire, lorsque le contrat ne l'a pas fixé avec précision, est nécessairement abandonné à l'appréciation du juge, qui doit tenir compte à la fois des frais et de l'importance de l'édition et du prix de chaque exemplaire.

1609. — Dans le doute, l'honoraire est échu au moment où l'impression de l'ouvrage est achevée et où les exemplaires peuvent être publiés, et, s'il doit être payé à l'avance, au moment où le manuscrit est remis à l'éditeur.

1610. — Le fait que l'œuvre trouve ou ne trouve pas d'acheteurs n'a aucune influence sur l'estimation dont les honoraires sont l'objet.

1611. — Si l'honoraire dépend complètement ou en partie du profit attendu, le contrat participe de la nature de la société et l'éditeur est tenu de rendre des comptes et d'organiser la vente conformément à l'usage.

1612. — Si le manuscrit périt avant qu'il ait été livré, le dommage est pour l'auteur en ce sens qu'il doit livrer à ses frais un autre manuscrit, ou, si cela est impossible, qu'il perd son droit à recevoir des honoraires. Si le manuscrit périt après avoir été livré, le dommage est pour l'éditeur, en ce sens toutefois que l'auteur, s'il possède une copie ou s'il est à même de réparer la perte sans grande peine, doit le faire contre indemnité. Mais s'il n'existe aucun moyen de rendre de nouveau la publication possible sans qu'il s'agisse d'une œuvre essentiellement nouvelle, l'éditeur est tenu de payer à l'auteur des honoraires ; à tous autres égards, le contrat d'édition doit être regardé comme ayant pris fin.

1613. — Si celui qui publie (directeur) une œuvre collective commande des articles sans faire de réserves, et que la

commande soit acceptée, des obligations naissent à la charge des deux parties, mais dans le doute il va de soi que l'auteur est créancier pour les honoraires de l'éditeur lui-même.

1614. — Les obligations personnelles de l'auteur s'éteignent avec sa mort.

149. Voici enfin la plus récente loi sur le contrat d'édition, celle qu'il faudrait, avec la loi hongroise, consulter le plus, si l'on voulait chez nous légiférer sur cette matière ; elle forme le paragraphe intitulé : *du Contrat d'édition*, dans le titre treizième du Code fédéral des obligations, qui depuis le 1^{er} janvier 1883 est en vigueur.

372. — Le contrat d'édition est un contrat par lequel l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique ou ses ayants cause s'engagent à remettre cete œuvre à un éditeur qui, de son côté, s'oblige à la publier, c'est-à-dire à la reproduire en un nombre considérable d'exemplaires et à la répandre dans le public.

373. — A moins de stipulations spéciales, le contrat transfère à l'éditeur l'exercice du droit d'auteur pour autant et aussi longtemps que l'exécution de la convention l'exige.

374. — Celui qui cède l'œuvre à publier doit avoir au moment du contrat le droit d'en disposer dans ce but ; il est garant de cette circonstance envers l'éditeur.

Si tout ou partie de l'œuvre a déjà été cédée à un autre éditeur, où s'il est à sa connaissance qu'elle ait été publiée de quelque autre façon, il est tenu de le déclarer avant de conclure le contrat.

375. — Tant que les éditions que l'éditeur a le droit de faire ne sont pas épuisées, l'auteur et ses ayants cause ne peuvent disposer à son préjudice ni de l'œuvre entière, ni d'aucune des parties de l'œuvre.

876. — Les articles de journaux et les articles isolés de peu

d'étendue insérés dans une revue peuvent toujours être reproduits ailleurs par l'auteur ou ses ayants cause.

Les travaux qui font partie d'une œuvre collective et les articles de revue d'une étendue plus considérable ne peuvent être reproduits par eux avant l'expiration d'un délai de trois mois à partir du moment où la publication en a été achevée.

377. — Si le contrat ne précise pas le nombre des éditions à faire, l'éditeur n'a le droit d'en publier qu'une seule.

A défaut de convention, l'éditeur est libre, pour chaque édition, de fixer le chiffre des exemplaires. Mais il est tenu, si l'auteur l'exige, d'en faire imprimer tout au moins un nombre suffisant pour donner à l'ouvrage une publicité convenable ; une fois le premier tirage terminé, il ne peut plus en faire de nouveaux.

378. — L'éditeur est tenu de reproduire l'œuvre sous une forme appropriée à son importance, sans aucune abréviation, addition ou modification qui n'ait été consentie par l'autre partie. Il doit faire les annonces nécessaires et prendre les mesures habituelles pour assurer la vente.

C'est lui qui fixe les prix, sans toutefois pouvoir les élever de façon à entraver l'écoulement de l'ouvrage.

379. — Tant que ses facultés le lui permettent, l'auteur conserve le droit d'apporter à son œuvre les corrections et améliorations qu'il juge nécessaires ; s'il impose par là à l'éditeur des frais imprévus, il lui en doit la récompense.

L'éditeur ne peut faire une nouvelle édition ou un nouveau tirage sans avoir mis, au préalable, l'auteur en mesure de faire les changements nécessaires.

Ce droit est personnel à l'auteur ; il ne passe pas à ses héritiers.

Au surplus, l'éditeur conserve la faculté de s'opposer aux changements qui porteraient atteinte à ses intérêts commerciaux ou à son honneur, ou qui augmenteraient sa responsabilité.

380. — Si la convention donne à l'éditeur le droit de faire plusieurs éditions ou toutes les éditions d'un ouvrage, et qu'il néglige de préparer une nouvelle édition après que la dernière est épuisée, l'auteur ou ses ayants cause peuvent faire fixer par le juge un délai pour la publication d'une nouvelle édition. S'il ne s'exécute pas dans ce délai, l'éditeur est déchu de son droit.

381. — L'éditeur qui a acquis le droit de publier différentes œuvres du même auteur, n'a pas, par là même, celui d'en faire une publication d'ensemble.

De même, le droit de faire une publication d'ensemble, c'est-à-dire d'éditer les œuvres complètes d'un auteur ou toute une catégorie de ses œuvres, n'implique pas pour l'éditeur le droit de publier séparément les divers ouvrages qui y figurent.

382. — Sauf convention contraire avec l'éditeur, le droit de traduction demeure réservé à l'auteur ou à ses ayants cause.

383. — Celui qui donne une œuvre à éditer est réputé, même à défaut de stipulation expresse, avoir droit à des honoraires lorsque les circonstances ne permettent pas de supposer qu'il ait entendu renoncer à toute rémunération. Le chiffre des honoraires est fixé par le juge sur l'avis d'experts.

384. — Si l'éditeur a le droit de faire plusieurs éditions, les stipulations relatives aux honoraires et, en général, les diverses conditions fixées pour la première édition sont présumées s'appliquer à chacune des suivantes.

385. — Les honoraires sont exigibles dès que l'œuvre entière ou, si elle paraît par parties détachées (volumes, fascicules, feuilles), dès que chaque partie est imprimée et prête pour la vente.

386. — Lorsque la question des honoraires dépend en tout ou en partie du résultat de la vente, l'éditeur est tenu d'établir selon l'usage son compte de vente et d'en fournir la justification.

387. — Lorsque l'œuvre, après avoir été livrée à l'éditeur,

périt par cas fortuit, l'éditeur n'en est pas moins tenu du paiement des honoraires.

Mais, si l'auteur possède un second exemplaire de l'œuvre qui a péri, il doit le mettre à la disposition de l'éditeur, et s'il peut la refaire sans trop de peine, il y est tenu ; moyennant une juste indemnité, dans les deux cas.

388. — Si, antérieurement à la mise en vente, l'édition déjà préparée par l'éditeur périt en tout ou en partie par cas fortuit, l'éditeur a le droit de faire rétablir à ses frais les exemplaires détruits, sans que l'auteur ou ses ayants cause puissent prétendre à de nouveaux honoraires.

389. — Le contrat s'éteint par le fait qu'avant l'achèvement de l'œuvre l'auteur vient à mourir, ou devient incapable de la terminer, ou se trouve sans sa faute dans l'impossibilité de la terminer.

Néanmoins, dans les cas exceptionnels où le maintien intégral ou partiel du contrat paraîtrait possible et équitable, le juge a la faculté de l'ordonner et de prescrire les mesures nécessaires.

390. — En cas de faillite de l'éditeur, l'auteur ou ses ayants cause peuvent remettre l'œuvre à un autre éditeur, à moins qu'ils ne reçoivent des garanties pour l'accomplissement des obligations ultérieures du failli.

391. — Lorsqu'un ou plusieurs auteurs s'engagent à élaborer un ouvrage d'après un plan que leur fournit l'éditeur, ils n'ont droit qu'aux honoraires stipulés. L'éditeur jouit d'un droit de publication illimité.

150. En terminant, nous ne saurions passer sous silence la loi serbe, qui dans une disposition assez singulière assimile d'une façon générale au louage d'ouvrage le contrat passé entre l'auteur et l'éditeur. Notons aussi qu'il a été question en Serbie de faire une loi sur le contrat d'édition.

Le Code civil de Portugal, mis en vigueur il y a peu d'années, contient les articles suivants, par lesquels nous finissons :

576. 2° — Les articles insérés d'abord dans des publications périodiques, ou comme partie d'une œuvre collective, peuvent être ensuite imprimés par leurs auteurs, à moins de stipulation contraire.

588. — L'éditeur d'une œuvre, soit inédite, soit déjà imprimée, mais non encore tombée dans le domaine public, ne peut en altérer ni en modifier le texte, durant la vie de l'auteur ou de ses héritiers ; il doit respecter le titre de l'œuvre, que l'auteur a choisi, et le nom de celui-ci, sauf stipulation contraire.

589. — L'éditeur qui s'oblige à publier une œuvre est obligé, à moins de stipulation contraire, de commencer la publication dans le délai d'un an, à compter de la date du contrat, et de poursuivre la publication régulièrement, sous peine de payer des dommages et intérêts à celui avec lequel il a contracté.

L'éditeur qui s'engage à publier des éditions successives d'une œuvre, ne peut pas interrompre la publication de ces éditions, à moins qu'il ne prouve qu'un obstacle insurmontable l'en empêche.

CONCLUSION

151. Nous disions, en commençant cette étude, que deux conditions sont nécessaires pour que l'équité règne dans les rapports entre les auteurs et les éditeurs, une bonne organisation d'abord de la propriété intellectuelle, puis un examen approfondi des meilleures règles d'interprétation qu'il convient d'appliquer aux contrats dont l'objet est une œuvre artistique ou littéraire ; faut-il ajouter une troisième condition, et dire qu'une loi spéciale doit être faite sur les traités entre auteurs et éditeurs ?

Quand on a constaté combien de nations étrangères ont introduit dans leur législation des dispositions relatives à cette matière, on est naturellement porté à se demander s'il y a lieu de suivre leur exemple. On commence à s'en inquiéter en France, et la question a déjà été posée dans des congrès (1).

(1) Cette année même, l'opportunité d'une loi vient d'être discutée au congrès de la propriété littéraire réuni à Paris ; on a décidé qu'une loi spéciale ne devait pas être faite. La même question a été agitée et résolue affirmativement, au contraire, dans un congrès tenu à Venise en 1888 ; le projet de loi qui suit y fût présenté :

1. L'éditeur qui acquiert d'un auteur le droit d'éditer une œuvre littéraire, est tenu de la publier, c'est-à-dire de la produire dans le public à un plus ou moins grand nombre d'exemplaires.

2. Si le contrat ne fixe pas le nombre des éditions, l'éditeur n'a le droit que d'en publier une seule ; l'édition est fixée par l'usage du lieu où elle est publiée.

3. Si la convention ne fixe pas un délai pour la publication, il

152. A première vue, on peut dire : « Les lois réglementant les contrats sont d'une nécessité moins pressante que les autres, n'y ayant rien d'ordre public en général dans les principes qu'elles posent ; nos codes contiennent déjà des règles d'interprétation touchant un assez grand nombre de conventions, il serait dangereux

appartient à l'auteur, après une mise en demeure restée infructueuse, de faire fixer ce délai par les tribunaux sans préjudice de son droit à la résiliation.

4. L'auteur qui a cédé à un éditeur le droit exclusif et sans limite de reproduire son œuvre, en reprend la libre disposition et peut céder le même droit à un autre éditeur, si le premier cesse la publication ou se trouve dans l'impossibilité de la continuer.

5. Sauf convention contraire, la cession du droit d'édition n'emporte pas aliénation de la propriété du manuscrit ; en conséquence l'auteur peut toujours exiger que l'édition se fasse sur une copie fournie par lui.

6. L'éditeur, à moins de conventions contraires, est tenu de publier l'œuvre telle qu'elle lui est remise par l'auteur sans pouvoir la modifier d'aucune manière ; toute addition même sous forme de note ou de préface, non consentie par l'auteur, lui est interdite.

7. L'auteur a toujours le droit de faire à son œuvre les corrections qu'il jugera nécessaires, sauf à supporter personnellement les frais imprévus qu'il imposerait par là à l'éditeur.

L'éditeur conserve d'ailleurs la faculté de s'opposer aux changements qui porteraient atteinte à ses intérêts commerciaux ou qui changeraient la nature et le but de l'ouvrage, s'il ne préfère la résolution avec dommages-intérêts.

8. L'éditeur est, pour le temps et dans les limites du droit d'édition qu'il a acquis, investi du droit de faire respecter la propriété littéraire de l'œuvre, sans préjudice du droit personnel appartenant à l'auteur.

9. Au cas où l'ouvrage publié est anonyme et aussi longtemps que l'auteur ne croit pas devoir se faire connaître, l'éditeur exerce seul et pleinement vis-à-vis des tiers les droits résultant de la propriété littéraire de l'œuvre.

de vouloir réglementer toutes celles qui se présentent dans la pratique. Ajoutez que précisément à cause de ce caractère non impératif des lois sur les contrats, ce que nos codes établissent en cette matière n'empêche nullement qu'il soit rendu pleinement justice aux auteurs et aux éditeurs ; il n'est pas besoin de faire intervenir le législateur pour échapper à des règles qui paraissent en tel ou tel cas injustes et mauvaises ; le juge déclare la loi non applicable si l'intention des parties l'y invite. »

153. Il est vrai en effet qu'une loi sur les traités entre les auteurs et les éditeurs n'est pas indispensable et on peut longtemps l'attendre sans grand inconvénient. Cependant, nous croyons qu'il y aurait à la faire quelque utilité.

Sans doute, il est dangereux de multiplier les lois, en particulier sur les contrats. Mais il est impossible, d'autre part, de s'en tenir à la réglementation traditionnelle d'un certain nombre de contrats, réglementation empruntée surtout au droit romain. Il naît avec le temps des conventions nouvelles qui peu à peu deviennent d'un usage très commun dans les rapports sociaux, qui pour cette raison méritent de recevoir un nom et dont le législateur doit s'occuper ; de ce nombre est le contrat que nous avons appelé contrat d'édition.

154. L'utilité qu'il y aurait à le réglementer est pareille à celle que présente la réglementation de tout contrat. Les lois en cette matière ont l'avantage de simplifier la tâche du juge. N'est-il pas difficile aux tribunaux

d'être renseignés assez exactement sur les usages de la librairie pour statuer équitablement sur les cas délicats qui leur sont soumis ? Considérez, en outre, que souvent ces usages sont très incertains tant qu'une loi ne les a pas fixés. — Puis, les lois sur les contrats, dans une mesure qu'il faut se garder d'exagérer, font connaître aux parties les conséquences possibles de leurs actes, et rendent plus clair, plus précis l'accord conclu. Les parties, lorsqu'elles auront dit, par exemple, qu'elles entendaient passer un contrat d'édition, seront réputées avoir traité en vue de la publication ; l'éditeur pourra moins aisément soutenir, comme il arrive aujourd'hui, qu'il n'a pas entendu s'engager à publier l'œuvre cédée ; les droits et obligations de chacun, en un mot, seront mieux définis.

155. Nous ferons remarquer encore que le travail de la doctrine, dans un pays où la législation a cessé d'être coutumière, est impuissant en général à s'imposer absolument à la jurisprudence. Il faut que ce travail précède la rédaction d'une loi ; mais il semble nécessaire ensuite, pour qu'il soit vraiment utile, qu'une loi vienne le consacrer ; et cette loi provoquera à son tour des études nouvelles et fécondes.

156. Une loi doit donc être faite sur la matière que nous nous sommes efforcés de débrouiller. Mais, qu'on se garde bien, en la rédigeant, de vouloir embrasser tous les genres de contrats qui interviennent entre auteurs et éditeurs. Il convient, à notre avis, de régler seule-

ment le contrat d'édition proprement dit, comme ont fait toutes les lois étrangères que nous avons citées. Quant aux autres conventions, il serait inutile et dangereux de s'en occuper ; inutile, parce que ces conventions diffèrent peu des contrats nommés dont il est question au Code civil, et ne réclament pas en général l'application de règles particulières ; dangereux, parce qu'une loi où il serait traité de conventions aussi nombreuses, aussi diverses, ne manquerait pas d'être assez confuse. Le contrat d'édition, qu'on peut définir la cession à charge de publication d'un droit réel de jouissance sur une œuvre littéraire ou artistique, est d'une nature toute spéciale ; il est aisé de le réglementer d'une façon claire en le prenant pour seul objet dans une loi. Nous admettons seulement que l'on joigne au cas où le contrat est conclu à propos d'une œuvre achevée celui où il se mêle à un louage d'ouvrage, l'œuvre à publier ayant été faite sur commande : c'est encore l'exemple des législations étrangères qui nous y convie.

157. Cette loi aura pour but de faciliter l'intelligence de l'intention des parties, en traçant les règles d'interprétation que commandent la raison et l'usage. Mais elle n'est pas du tout destinée, comme certaines personnes seraient peut-être disposées à le croire, à défendre principalement les intérêts de l'une ou l'autre des deux parties.

Que l'éditeur n'ait pas besoin d'une protection spéciale, c'est ce qu'on reconnaît sans difficulté. Mais on prétend que l'auteur doit obtenir des garanties ; nous ne voyons pas pourquoi il en aurait besoin, ni quelles garanties il

conviendrait d'établir en sa faveur (1). Il n'y a pas lieu de le protéger plus que n'a fait le Code civil à l'égard de l'acheteur et du locataire, quand il a déterminé leurs droits respectifs dans leurs rapports avec le vendeur et le bailleur. Voilà ce qui nous paraît conforme à la raison.

(1) Toutefois, nous avons admis que l'auteur, d'après l'équité, devrait avoir le droit de rompre le contrat, en se fondant sur des scrupules de conscience ; cela est exorbitant du droit commun. V. n° 108.

POSITIONS

Positions prises dans la thèse

DROIT ROMAIN

I. Le régime de la propriété, à l'origine du droit romain, était la copropriété de famille.

II. Le testament *calatis comitiis* n'était valable que si les curies avaient approuvé par leur vote les volontés du testateur.

III. Le testament *per æs et libram* était connu au temps des XII tables.

IV. La *querela inofficiosi testamenti* était d'origine coutumière.

DROIT FRANÇAIS

I. La loi de 1866, qui a prolongé la durée du droit d'auteur, doit être regardée comme profitant aux héritiers de l'auteur, non aux cessionnaires.

II. Lorsqu'un ouvrage est publié sans nom d'auteur, ce fait ne constitue pas une présomption d'aliénation de la propriété intellectuelle au profit de l'éditeur.

III. La remise à un éditeur d'un manuscrit, d'un tableau, n'est pas une présomption de cession de la propriété intellectuelle d'une œuvre littéraire ou artistique.

IV. Le droit exclusif de publication, transmis par un au-

teur à un éditeur peut être cédé par ce dernier à une autre personne.

V. Lorsqu'un auteur et un éditeur ont passé ensemble un contrat d'édition, l'œuvre qui en fait l'objet ne peut être modifiée ni par l'un ni par l'autre.

Positions prises hors de la thèse

DROIT ROMAIN

I. La *gens* était un groupement uni par le lien du sang.

II. Le contrat *litteris* ne pouvait opérer novation.

III. Les *chirographa* et les *syngraphæ* n'ont jamais eu pour effet d'engendrer des obligations *litteris*.

IV. Dans le droit classique romain, les enfants issus du concubinat n'avaient avec leur père aucune relation légale de parenté.

DROIT CIVIL

I. Sous le régime de la communauté, le mari qui autorise sa femme à s'obliger ne contracte pas lui-même une obligation personnelle.

II. Lorsqu'un ouvrier s'engage à faire un ouvrage dont il fournit la matière, le contrat participe à la fois de la vente et du louage.

III. Le locataire d'un immeuble n'a pas un droit réel.

IV. La cession d'une œuvre d'art n'emporte pas abandon de la propriété intellectuelle.

V. On distingue le mandat salarié du louage d'ouvrage à ce signe que, dans le mandat, celui qui fournit ses services à une autre personne représente cette dernière à l'égard des tiers.

DROIT DES GENS

Il faut limiter l'effet de l'extradition aux délits pour lesquels elle a été obtenue.

DROIT COMMERCIAL

I. Les créanciers qui ont gardé le droit d'exécution peuvent invoquer contre le failli la déchéance du terme.

II. Lorsqu'un banquier donne une hypothèque à celui auquel il ouvre un crédit, cette hypothèque prend rang du jour de l'inscription, avant même que le banquier ait réalisé l'ouverture de crédit.

III. Le photographe est commerçant.

Vu :

Par le Président de la thèse,

C. LYON-CAEN.

VU ET APPROUVÉ :

Par le doyen,

COLMET DE SANTERRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DU DROIT DE DISPOSER PAR TESTAMENT ET SES LIMITES DANS LES ORIGINES DU DROIT ROMAIN

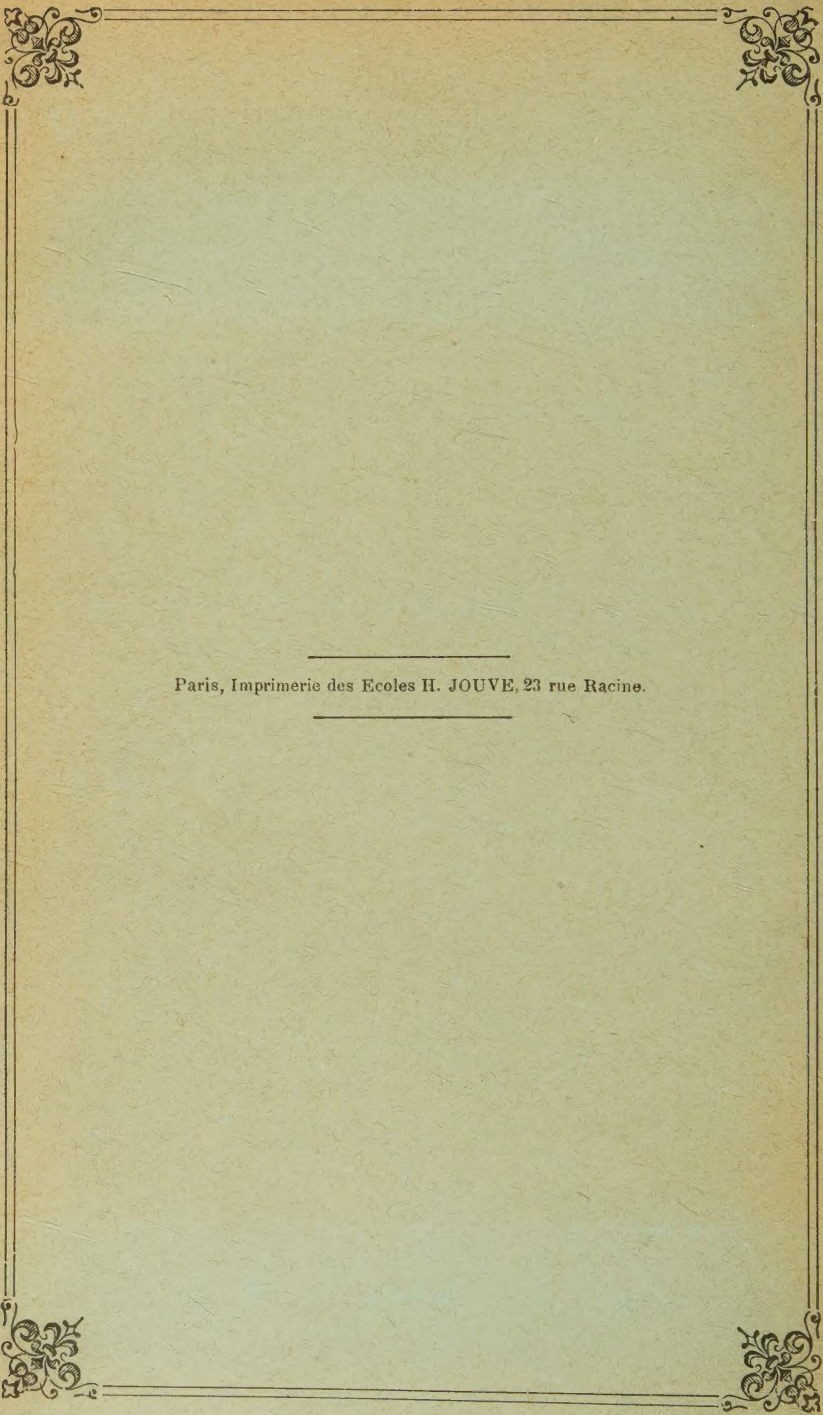
	Pages
Introduction.	1
Chapitre 1 ^{er} . Du droit de disposer par testament dans les premiers temps de Rome.	5
I. Organisation de la propriété et de la famille	5
II. Du droit de tester.	20
Chapitre II. Du droit de disposer par testament au temps des XII Tables	38
I. Changements dans l'organisation de la propriété et de la famille.	38
II. La liberté de tester	46
Chapitre III. Des restrictions apportées vers la fin de la République à la liberté de tester	73
I. Changements dans les mœurs.	73
II. De la nécessité d'instituer ou d'exhérer les héritiers siens	77
III. Des lois Furia, Voconia, Falcidia	85
IV. De la querela inofficiosi testamenti	88
Conclusion.	93

DROIT FRANÇAIS

DES CONTRATS ENTRE LES AUTEURS ET LES ÉDITEURS

	Pages
Introduction.	1
PREMIÈRE PARTIE. — <i>Du contract d'édition proprement dit</i>	17
Chapitre 1 ^{er} . Du contrat considéré dans son essence et dans ses ca- ractères.	17
§ I. Essence du contrat	17
§ II. Caractère du contrat.	26
Chapitre II. De l'objet et du contrat et des personnes entre lesquel- les il intervient.	32
§ I. Objet du contrat	32
§ II. Des personnes entre lesquelles le contrat intervient.	35

Chapitre III. De la preuve du contrat	41
Chapitre IV. Nature et étendue du droit cédé à l'éditeur.	46
§ I. A qui appartient le droit de disposer	46
§ II. Du droit de publication	54
§ III. Qui profite des lois nouvelles et des traités diplomatiques ?	66
§ IV. Le droit acquis par l'éditeur est-il cessible ?	71
§ V. Du droit de poursuivre les contrefacteurs.	73
Chapitre V. Des obligations de l'auteur	75
Chapitre VI. Des obligations de l'éditeur	81
Chapitre VII. Fin du contrat	91
DEUXIÈME PARTIE. — <i>Des contrats, autres que le contrat d'édition qui peuvent intervenir entre les auteurs et les éditeurs.</i>	99
Chapitre I ^{er} . De la vente	101
Chapitre II. Du louage d'ouvrage.	105
§ I. Du cas où l'auteur loue ses services.	105
§ II. Du cas où l'éditeur loue ses services	112
Chapitre III. Du louage de choses.	116
§ I. Du louage d'une œuvre artistique ou littéraire	116
§ II. Du louage d'une statue, d'un tableau, d'un manuscrit.	118
Chapitre IV. De la société	120
TROISIÈME PARTIE. — <i>Législations étrangères</i>	123
Chapitre I ^{er} . Lois allemandes	124
Chapitre II. Législation russe, hongroise, suisse, portugaise et serbe.	134
Conclusion	147
Positions	150



Paris, Imprimerie des Ecoles H. JOUVE, 23 rue Racine.